



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

THAIZE DE CARVALHO CORREIA

**A IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: A URGÊNCIA DA (ENFIM) ADOÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Salvador
2020

THAIZE DE CARVALHO CORREIA

**A IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: A URGÊNCIA DA (ENFIM) ADOÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Salvador
2020

FICHA CATALOGRÁFICA

C824 Correia, Thaize de Carvalho
A implementação da mediação no processo penal brasileiro: a urgência da (enfim) adoção do sistema acusatório / por Thaize de Carvalho Correia. – 2020.
183 f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastián Borges de Albuquerque Mello.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2020.

1. Processo penal - Brasil. 2. Mediação. 3. Acusação (Processo penal). I. Mello, Sebastián Borges de Albuquerque. II. Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 345.05

THAIZE DE CARVALHO CORREIA

**A IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO: A URGÊNCIA DA (ENFIM) ADOÇÃO DO SISTEMA
ACUSATÓRIO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito, aprovada pela seguinte banca examinadora:

Sebastian Borges de Albuquerque Mello – Orientador _____
Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Universidade Federal da Bahia

Maria Auxiliadora Minahim– Examinadora _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia

Alessandra Prado – Examinadora _____
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Universidade Federal da Bahia

Riccardo Cappi – Examinador _____
Doutor em Criminologia pela Université Catholique de Louvain, Bélgica.
Universidade Federal de Feira de Santana

Fernanda Ravazzano – Examinadora _____
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Católica de Salvador

AGRADECIMENTOS

Um filho gestado dá trabalho para nascer, mas quando o parimos sentimos um turbilhão de sentimentos. Algumas dessas sensações ainda nem nome têm. Pela particularidade da experiência não sabemos, ao certo definir o que sentimos, mas, entre eles, com certeza, estão o alívio, o medo, a satisfação e até a alegria.

Alívio pelo fim da incerteza e pelo encerramento de uma parte de um caminho sofrido, muitas vezes solitário e até angustiante. Aprender é revolucionário, libertador, mas dói. Por quebrar paradigmas e descortinar a ignorância, requer fôlego, leitura, releitura, reflexão, pausas e muita coragem para voltar ao texto, pensar de novo e, só então, decidir que outros pensamentos estão corretos. Por isso, é preciso afastar a arrogância e ceder, reconhecendo a procedência e contundência dos argumentos e assumir novas posturas e correntes.

O fim traz também medo. Receio de como será a estrada a partir do nascimento daquela tese. Imaginar, sem muita expectativa, quais novas relações serão estabelecidas, e ter certeza da dor provável que será experimentada, apesar da boa intenção e cuidado na gestação.

Experimenta-se, também, um sentimento mais leve, o de satisfação pelo fechamento do ciclo e do sucesso, ainda que parcial, já que o nascimento, por si só, já pode ser considerado uma vitória, ainda que inacabada e de alcance sofrido.

Há ainda a alegria do depósito e a liberação de tantas responsabilidades (leitura e prazos, principalmente). Mesmo sabendo que tudo vai começar de novo, logo ali adiante, vive-se a euforia do momento, ainda que transitório. Afinal, o caminho da academia é cheio de novas descobertas que nascem a partir de muita pesquisa, inquietações e tentativas de contribuir com o futuro de um sistema de justiça criminal mais coerente, pautado nos direitos humanos e, portanto, menos aflitivo e doloroso. Encerrar um caminho tão rico só é possível porque não estamos sozinhos. Temos ao nosso lado pontos de luzes que iluminam, quando não incendeiam as estradas, dando a necessária luz à chegada, ainda que nós mesmos a enxerguemos, muitas vezes, turva e inalcançável.

Ao olharmos para esses refletores, confiamos tanto neles que, em certas ocasiões, apenas seguimos em direção à seta que eles nos apontam, mas que nós mesmos não enxerguemos um palmo adiante.

Esses pontos de luz têm nome e precisam saber como foram essenciais no caminho desta pretensa pesquisadora.

Ao querido Ney Menezes, agradeço a paciência que dispensou nas ligações intermináveis em que debatíamos um parágrafo ou ideia relacionada à tese. Tinha certeza de que, antes de tudo, você me ouviria com o coração. Depois me faria mais perguntas do que me daria respostas, por isso meu carinho verdadeiro e minha amizade sincera serão, para sempre, seus. Não terei como retribuir a atenção, a indicação de obras e o envio de muitas delas.

Ao amigo Urbano Felix, presente do destino que chegou pela banca de avaliação do concurso para professora auxiliar da UNEB, minha gratidão pelas divergências acaloradas, empréstimo de livros e pela pulsão de vida que põe em dúvida verdades sabidas e, inexoravelmente, acalenta a vida acadêmica de modo particular.

Agradeço especialmente aos membros da banca de defesa desta tese. É uma alegria ter pessoas tão capacitadas e generosas como as professoras doutoras Auxiliadora Minahim, Alessandra Prado e Fernanda Ravazzano e o professor Riccardo Cappi. Sintam-se carinhosamente abraçados.

Ao meu orientador, doutor Sebastian Mello, um agradecimento especial pela confiança em aceitar caminhar junto comigo nesta etapa da minha vida acadêmica. Obrigada por mais um encontro nessa quadra da vida, professor.

Gratidão sem medida aos meus alunos, fonte de inspiração e destinatários de todo meu empenho. É por vocês que decido, diariamente, não mudar a direção e continuar acreditando que a base da formação dos aplicadores do Direito é o momento crucial para a consciência e implementação de um sistema de justiça humanizado e rigorosamente fiel aos preceitos fundamentais. Cada passo que dou é pensando em como melhorar a atuação como professora e conseguir contribuir para que o processo penal seja, enfim, aplicado dentro do devido respeito às regras do jogo democrático.

Necessário, também, render homenagens à minha equipe do Thaize de Carvalho, Alcântara e Romeiro Advogados Associados, sonho realizado no percurso da construção desta tese e, apesar da incerteza e do medo do projeto novo, foi decisivo e fortalecedor ter pessoas tão gentis e empenhadas por perto na construção deste trabalho. A advocacia é mesmo uma profissão de corajosos.

Um abraço mais que especial para Laís Souza dos Santos, babá não só do meu filho, mas de toda minha família. Sem suas horas e carinhos extras, essa tese não seria possível. Obrigada de coração.

Agradecer à minha família pelo apoio sem medida nessa trajetória tão peculiar que é o doutorado é uma tarefa difícil, porque traz uma sensação de insuficiência permanente. Descobri quase que concomitantemente que tinha sido aprovada na seleção do PPGD/UFBA e que também estava grávida. Fiz matérias gestando dois filhos: Thiago e esta tese. Nenhum dos dois nasceu com tranquilidade. Thiago foi prematuro. Frequentou a UTI neonatal. Fez fisioterapia por um ano. Hoje é um menino esperto e muito saudável, por isso sigo agradecendo a sua vida e saúde. Elaborar esta tese também não foi fácil. Mudei de tema, apaguei tópicos inteiros por mais de uma vez. Incluí e excluí argumentos que não sabia se eram pertinentes, pois, apesar de importantes, duvidava da essencialidade deles. Depositei-a, por fim, ainda com muitas incertezas, mas ciente que o melhor foi colocado em cada linha. Já era hora de acabar, ou, pelo menos, de abandonar a redação, dando o máximo para fazer um bom trabalho.

Dói o depósito, dói a escrita, dói a expectativa da defesa. Mas é aquela dor boa. Uma sensação de véspera que a gente acaba querendo, pela importância da etapa e do *looping* que as avaliações continuam causando, pelo turbilhão de emoções.

Render um cantinho especial nesses agradecimentos à minha mãe, parceira de sempre, meu muito obrigada nunca será suficiente. A disponibilidade escancarada é prova de um amor sem medida, capaz de tornar qualquer sonho realidade e fazer as tempestades virarem valsa, dançada em uma família que é tripé e segue, apesar das ramificações estendidas pelos casamentos, como pedra fundante e estruturante. Você, mainha, é farol e lastro de caminhada, além de ser a certeza que a passagem é com vista para o mar.

Agradecer também a minha irmã, Thaíe Carvalho, pela certeza de que nunca estaremos sozinhas, pela minha pequena Belinha e por todo amor que as crianças nos permitiram experimentar. Tenho orgulho de você e é preciso registrar isso.

Franco Bahia, meu companheiro, meu amor, minha fortaleza. Emocionada, agradeço não só a participação nessa fase da travessia, mas por você me dar a mão e, também, por me deixar ir por estradas próprias. Caminhar com você é a melhor parte dessa aventura chamada viver. Saber que você está ali, no quarto, muitas vezes, basta. A segurança de amanhecer com você, todas as manhãs, talhando nossa família é sopro de esperança e a certeza de que vale a pena seguir no caminho da retidão e do trabalho duro. Você é um grande homem e eu sou mesmo feliz por nossa escolha diária.

Sem o pensamento utópico, a nossa condição humana é insustentável.

– Calmon de Passos (2012)

CORREIA, Thaize de Carvalho. **A Implementação da Mediação No Processo Penal Brasileiro**: a urgência da (enfim) adoção do sistema acusatório. Salvador, 2020. 183f. Tese (Doutorado) – Doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

RESUMO

O punho autoritário que ambienta o sistema de justiça criminal brasileiro é um desafio e um obstáculo à implementação do sistema processual penal acusatório, programado na Constituição Federal de 1988 e eleito pelos diplomas convencionais sobre a temática. Em matéria penal e processual penal, as críticas edificadas sobre a situação são insuficientes, pois não conseguem alterar o centro de gravitação e fixação do problema, apesar de exporem as vísceras apodrecidas do cadáver que teima em não morrer. Propor soluções para que, enfim, a opção democrática seja instaurada é, portanto, urgente. Esta tese tem a pretensão de analisar o cabimento da mediação penal como forma de abordar os conflitos penais, a partir de uma perspectiva crítica sobre o sistema criminal pátrio, acrescida de uma abordagem propositiva, diante da impermeabilidade do sistema às doutrinas que denunciam a manutenção de um sistema inquisitivo que efetiva a imposição de dor e sofrimento, sem alcançar, entretanto, os objetivos que declara como proteção de bem jurídico e contenção da barbárie. A tarefa parte da demonstração da atual, e ultrapassada, política criminal brasileira, implementada por meio de um avanço punitivista em matéria penal e, no que se refere ao processo penal, no utilitarismo disfarçado em alheamento em relação aos problemas centrais do atuar estatal, em matéria criminal. Pautado pela racionalidade penal moderna, sempre afluente e eficientista, o Estado promove o controle de certos grupos de pessoas, afastando-se das finalidades declaradas do atuar penal. Ao localizar o Código Processual Penal brasileiro como o único da América Latina que não foi substituído após os processos de redemocratização, pretende-se olhar para esta parte da geografia para reforçar a necessidade de refundação do processo penal e, por meio de propostas desmanteladoras, alterar o sistema por dentro, propiciando a adequação necessária em diferentes frentes (legislativa, administrativa e, enfim, cultural). Assim, o objetivo desta pesquisa é avaliar as formas horizontais de resolução de problemas, especialmente a mediação, como solução fraterna e solidária que pode aproximar as pessoas e possibilitar uma sociedade menos atomizada. Pensar novas formas de responder aos delitos é urgente, sendo importante a retomada de alguns temas como a ideia de contenção da barbárie pela exclusividade da titularidade do poder de punir e a aparente redução do punitivismo por intermédio dos institutos rotulados como substitutos penais. A atual forma hermética da produção penal, além de não reduzir as cifras de criminalidade, alija as partes do processo de construção da resposta ao seu problema, sendo, portanto, necessário pensar formas horizontais de construção de resposta para tais conflitos, incluindo os considerados graves e envolvendo vítimas, especialmente vulneráveis.

Palavras-chave: Sistema Acusatório; Mediação Penal; Cabimento Ampliado; Contornos;

CORREIA, Thaize de Carvalho. **A Implementação da Mediação No Processo Penal Brasileiro**: a urgência da (enfim) adoção do sistema acusatório. Salvador, 2020. 183f. Thesis (Doctorate) – Doctorate in Law. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

ABSTRACT

The authoritarianism that establishes Brazilian criminal justice system is a challenge and an obstacle to the implantation of the accusatory criminal procedural system, programmed in Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and elected by criminal conventional laws. In criminal and penal procedural fields, the criticisms are insufficient as it fails to change the center of the problem and correct it. It is urgent to propose solutions so that finally democracy is established. This thesis intends to analyze criminal mediation as a way of addressing criminal conflicts, from a critical perspective view on national criminal justice system. This thesis gives a propositional approach due impermeability of the criminal system to authors and doctrines that denounce the maintenance of an inquisitive system that effects the imposition of pain and suffering, without achieving the objectives that is declared as legal protection and containment of barbarism. The task starts from the demonstration of the current and outdated Brazilian criminal system, implemented through a punitivist advance and with regard to the criminal process, in utilitarianism disguised as aloof in relation to the central problems of State action, in criminal system field. Guided by modern penal system, always distressing, the State promotes control of certain groups of people, moving away from the stated purposes of what criminal system action should be. After searches it was realized that Brazilian penal procedural code is the only one in Latin America that was not replaced after the re-democratization processes, it is intended to look at this part of the geography and reinforce the necessity to refound the criminal process and through dismantling proposals, to change the system, providing the necessary adaptation on different fronts (legislative, administrative and, finally, cultural). Expanding horizontal forms of problem solving can be a fraternal and supportive solution that brings people together and enables a less atomized society. Thinking about new ways of responding to crimes is urgent, and it is important to revisit some issues, such as the idea of containing barbarism by the exclusivity of the power to punish, and the apparent reduction in punitivism through institutes labeled as criminal justice substitutes. The current hermetic form of criminal system operation is not reducing numbers of crimes, it desconsiders the parts of the process to response their problem, so it is possible to think horizontal ways to response to conflicts, including those considered serious and especially those which involves vulnerable victims.

Keywords: Accusatory System; Criminal Mediation; Extended Criminal Legal Situations and Application;

CORREIA, Thaize de Carvalho. **A Implementação da Mediação No Processo Penal Brasileiro**: a urgência da (enfim) adoção do sistema acusatório. Salvador, 2020. 183f. Tese (Doutorado) – Doutorado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

RESUMEN

El puño autoritario bajo el cual sigue el sistema de justicia penal brasileño es a la vez un reto y un estorbo a la implementación de un sistema procesal penal acusatorio, que luce como contenido programático en la Constitución Federal de 1988 y está formalmente elegido por las leyes convencionales pertinentes. En el derecho penal y el procesal penal, las críticas que se suelen hacer a dicha situación son insuficientes, pues no logran alterar el eje de este problema y por ende no lo resuelven. Debido a ello, sigue siendo urgente proponer soluciones para que por fin se establezca una opción verdaderamente democrática. Esta tesis se dedica a analizar la viabilidad de la mediación penal como una forma de abordar los conflictos penales, desde una perspectiva crítica hacia el sistema nacional de justicia penal tras un enfoque propositivo, ante su impermeabilidad a las doctrinas que denuncian la perpetuación del sistema inquisitivo, que lleva siglos imponiéndoles dolor y sufrimiento a los “enemigos” (a los “indeseables”), sin lograr jamás los objetivos declarados, como protección de la propiedad legal y contención de la barbarie. Este encargo parte de la demostración de lo obsoleta y cruel que es la política criminal brasileña actual, puesta en marcha por una ola punitivista (völkisch) en materia penal y en lo que respecta al proceso penal, con el utilitarismo disfrazado de despegado de los problemas centrales de la actuación estatal, en asunto criminal. Guiado por la racionalidad penal moderna, siempre angustiada y eficientista, el Estado promueve el control de ciertos grupos de personas, alejándose de los propósitos declarados en la actuación penal. Tras señalar el código procesal penal brasileño como el único en Latinoamérica que no fue sustituido luego de los procesos de redemocratización, se pretende direccionar la mirada hacia este rincón y reforzar la necesidad de refundar el proceso penal brasileño, cambiándolo a través de propuestas de desmontaje del sistema desde su interior, aportando la necesaria adecuación en diferentes frentes (legislativo, administrativo y cultural). Ampliar las formas horizontales de resolución de conflictos puede ser una salida fraternal y solidaria que une a las personas y permite una sociedad menos atomizada. Es urgente pensar en nuevas maneras de actuar frente a los delitos y muy importante revisar algunos temas, como la idea de extirpar la barbarie mediante la exclusividad del poder de castigar y la aparente reducción del punitivismo por medio de institutos etiquetados como sustitutos penales. La actual forma hermética de la producción penal, además de no reducir el número de delitos, aleja las personas del proceso de construcción de una respuesta a su problema. Se debe pensar en métodos horizontales que lleven a una respuesta concreta a tales conflictos, incluso los considerados graves y aquellos con víctimas especialmente vulnerables.

Palabras clave: Sistema acusatorio; Mediación penal; Aplicación ampliada; Contornos;

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	14
2. A ADOÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO.....	19
2.1. A DIMENSÃO DO MINIMALISMO NO MÉTODO PUNITIVO DO SISTEMA CRIMINAL DE JUSTIÇA.....	20
2.1.1. Perspectivas minimalista e abolicionista e a lógica eficientista.	
2.1.2. Desvirtuamento do minimalismo e a cultura punitivista.	
2.2. A SITUAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E A URGÊNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	35
2.2.1. Autoritarismo seletivo.	
2.2.2. Urgência de mudança de mentalidade: implementação do sistema acusatório.	
2.3. O PROCESSO GLOBAL DE MUDANÇAS E A REPERCUSSÃO PARA ALÉM DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.....	54
2.3.1. Necessidade de superar a cultura inquisitorial.	
2.3.2. Necessidade de separação da função administrativa da judicante.	
2.4. A INCLUSÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO UM CAMINHO PARA CONCRETIZAÇÃO DA REFORMA.....	65
3. A MEDIAÇÃO COMO VIA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS.....	73
3.1. O CRIME E AS VARIADAS POSSIBILIDADES DE RESPOSTA: ENTRE A JUSTIÇA IMPOSTA E A NEGOCIAL.....	74
3.1.1. Ampliando o conceito de cidadania.	
3.1.2. As saídas alternativas como forma de resposta aos conflitos rotulados como criminosos.	
3.2. AS VIAS ALTERNATIVAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	86
3.3. AS VIAS ALTERNATIVAS NO CHILE E NO URUGUAI: ADEQUAÇÕES DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	93
3.3.1. A mediação penal no Chile.	
3.3.2. A mediação penal no Uruguai.	
4. O DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A ADEQUAÇÃO DA INCLUSÃO DA MEDIAÇÃO PENAL: NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO TEMA.....	105
4.1. OBRIGATORIEDADE DO EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL E ALTERNATIVAS AO PROCESSO PENAL TRADICIONAL: REGRAS CONVIVENTES.....	107
4.2. A DEFESA DA JURISDIÇÃO E A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICA.....	113

4.3. APONTAMENTOS SOBRE A AUTOTUTELA E A NECESSIDADE DE DEBATE: QUESTÕES NÃO SUPERADAS.....	117
4.3.1. A autotutela como caminho para o fim da atomização social da modernidade.	
4.3.2. A barbárie privada como decorrência da vingança pública: uma hipótese a ser considerada.	
4.4. AS BASES PARA A MEDIAÇÃO PENAL NO PROCESSO BRASILEIRO.....	130
4.4.1. A mediação no ordenamento brasileiro: contribuições necessárias.	
4.4.2. Cabimento amplo da mediação penal: questionando a ideia de gravidade dos delitos.	
4.4.3. O Centro de Mediação e o mediador.	
4.4.4. O acordo decorrente da mediação penal.	
4.4.5. Chancela e fiscalização do acordo.	
5. CONCLUSÃO.....	174
REFERÊNCIAS.....	177

1. INTRODUÇÃO.

Analisar o cabimento e adequação da mediação penal no sistema processual penal brasileiro é a finalidade desta tese, consistindo, assim, em uma pesquisa crítica sobre o sistema de justiça criminal pátrio, acrescida de uma abordagem propositiva.

A empreitada se justifica não só pela necessidade de incorporar as orientações, constitucionais e convencionais, que impõem ao processo penal brasileiro o modelo acusatório, mas também pela imperiosa urgência de inovar as respostas aos conflitos penais, para que então se refunde o atual sistema e, enfim, se implemente a proposta democrática já amarelada pelo decurso do tempo sem concretização.

Ao lançar o olhar para outros ordenamentos jurídicos, verifica-se que as formas de solucionar os problemas penais, diferentes da usual imposição de pena por meio de um processo burocratizado, não é mais uma unanimidade. Por esta razão, se indaga sobre a possibilidade de horizontalizar o tratamento dispensado aos conflitos rotulados como criminosos e, assim, alcançar o modelo de política criminal adequado à adoção de um processo penal aliado aos valores democráticos.

Para tanto, é preciso percorrer os caminhos críticos sobre o atuar penal, conhecendo as correntes criminológicas que demonstram que as justificativas do punir pautam-se em argumentos duvidosos, especialmente do ponto de vista da real intenção do Direito Material e Processual Penal.

Ao se atentar que o problema dos rótulos criminais estatais se pauta em critérios de raça, por exemplo, distanciando-se, assim, dos fins declarados do sistema criminal, nota-se que os institutos, muitas vezes, são manipulados para atender a mesma racionalidade aflitiva, sem, entretanto, cumprir as promessas propagadas.

A força da empreitada é tamanha que até quando o Estado empunha as críticas das criminologias e adota institutos pretensamente menos aflitivos, os sinais se invertem para ampliar o punitivismo, maquiando a missão de manutenção de um *status quo* que continua invizibilizando, por meio da persecução penal, os mesmos de sempre: negros, jovens e periféricos.

O processo penal é essencial nessa tarefa de moer esses corpos. Pensado e estruturado para ser mero instrumento de aplicação das consequências de sempre, as categorias simplesmente são aplicadas, imunes às constatações autoritárias, segue o proceder estatal, via processo penal, guiado pela lógica punitivista em expansão, apesar da nova nomenclatura adotada pós 1988.

Dar nome às coisas não as torna aquilo que se diz que elas são.

Também não tem adiantado a denúncia de que não se é acusatório. Por isso a estratégia deve ser mais propositiva, além de reflexivamente crítica. Com o cuidado necessário à não ampliação do direito de punir, novas técnicas de tratar as condutas delitivas devem ser propostas e, localizadas dentro de uma política criminal ajustada ao sistema imposto pela Constituição Federal brasileira, bem como pelos documentos internacionais de que o país é parte, moldadas para serem úteis nesta tarefa de implementação do modelo acusatório.

No meio acadêmico, as críticas são robustas, devendo-se pensar novas estratégias concretas para a realização, ainda que tardia, do sistema acusatório idealizado, mas ainda pendente de concretização. Para tanto, é necessário ampliar as formas horizontais de resolução de problemas, incluindo os penais, analisando o cabimento de vias alternativas para além dos delitos bagatelares. Crimes, aliás, de existência duvidosa diante da desnecessidade de intervenção penal em questões ínfimas. Por esta razão, é possível e urgente pensar novas formas de responder a todos os delitos, questionando a própria legitimidade de tutela da jurisdição, para, a partir dessa empreitada, se pensar uma nova política criminal.

A ideia de contenção da barbárie pela titularidade estatal do poder de punir já foi objeto de apuração pela criminologia, que, ao questionar a justificativa da sanção penal ser pública e, portanto, racional, demonstrou, ao contrário, que a expansão do Direito Penal ocasiona mais problemas e, portanto, desarmonia social.

Apesar disso, os mecanismos utilizados na defesa da tutela de bens jurídicos continuam em franca expansão. Isolando a vítima e seus desejos, o processo penal segue inalterado para, como mero mecanismo de aplicação da lei material ao caso concreto, com a imposição da mesma pena e sem qualquer participação dos envolvidos no conflito, o Estado seguir lotando o sistema carcerário. Cria quando muito, mecanismos que aceleram o processo e que atropelam direitos fundamentais, sempre para que a mesma sanção aflitiva seja imposta, só que de maneira mais rápida.

Assim, a pesquisa insere-se em um contexto em que a descrença na implementação de um sistema acusatório impulsiona a doutrina a criticar, de modo penhorado, as bases e as interpretações relacionadas a todo sistema de justiça criminal, mas se vai além nesta tese. Ao se apresentar solução ampliada de tratamento penal aos casos desta natureza, pretende-se refundar o sistema por dentro, pois a adoção das propostas exige a imersão em uma política

criminal totalmente reformada e, então, condizente com os ditames republicanos estabelecidos nos documentos primazes.

É preciso, portanto, mais do que defender a imediata implementação do sistema acusatório e do que a criação de uma nova legislação. Além de separar as funções de julgar e administrar, hoje exercidas de forma aglutinada pelos juízes, faz-se mister alterar a cultura que junta as ações dos atores que participam do sistema de justiça criminal, barreira mais difícil, por certo, de ser superada, para que o modelo acusatório seja, enfim, adotado.

Por isso o objetivo propositivo desta tese.

A partir da crítica já consolidada, é preciso caminhar por outras estradas, agarrar as premissas, denunciar as incongruências e apresentar saídas diferentes para desestabilizar e fazer a reflexão emergir.

Por tudo isso, de início, a pesquisa estabeleceu as bases do processo penal que se pretende implementar e as dificuldades para alcançar esta tarefa, especialmente neste quadrante da América, e, ao fazê-lo, iluminou o horizonte para se colocar o problema: a mediação, como forma de resolução dos problemas penais, é compatível com o processo penal programado/eleito pela Constituição Federal brasileira?

Como objetivos, a presente tese quer analisar a mediação penal como saída para resolver delitos, apresentando o horizonte minimalista em que se ancora o sistema acusatório e os princípios decorrente da eleição deste pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, para demonstrar que o Brasil ainda não concretizou a sua programação constitucional, diferentemente dos demais países da América Latina, necessário avaliar a efetivação do sistema acusatório no que se refere às soluções alternativas ao processo, levantando a hipótese de adequação da técnica e propondo seus contornos.

Visa-se, destarte, contemplar a possibilidade de horizontalização da justiça, com participação dos envolvidos, por meio de um procedimento guiado por um terceiro diferente dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, apesar da atuação deste último nos encaminhamentos e fiscalizações, analisando outras formas de proteção de bens jurídicos.

E assim, no desenvolvimento da tese se propõe analisar as premissas do Direito Material e Processual Penal, alertando que a vocação da política criminal atual é aflitiva e desastrosa, além de se pautar em marcadores não democráticos e que, apesar dos esforços legislativos para diversificar o sistema, diante da inquisitorialidade impregnada, todas as propostas de recuo e contenção do poder punitivo são desvirtuadas e atendem ao punitivismo efficientista.

Ao apresentar outros ordenamentos jurídicos, como o Chile e o Uruguai, pretende-se sopesar os argumentos contra e a favor da mediação penal como saída possível na resolução dos casos penais, apresentando-se premissas e nuances do procedimento que se pretende estudar.

A partir dos estudos de Ana Flauzina e Thula Pires se pretende demonstrar as bases desiguais que pautam o Direito Penal material e o seu projeto de assujeitamento de pessoas e, por conseguinte, defender um tratamento efetivo e ajustável aos interesses e necessidades dos envolvidos na situação problema para, efetivamente, evitar os processos secundários de vitimização e de criminalidade.

Como marco teórico do processo penal e manutenção do seu tom autoritário, utiliza-se os ensinamentos de Ricardo Gloeckner. Ao expor aos traços e marcadores inquisitivos do processo penal brasileiro em razão da herança italiana, o autor traz à tona as intenções autoritárias disfarçadas no argumento do instrumentalismo.

Ao alijar do processo, por meio de suas etiquetas próprias como vestes, linguagem e até arquitetura, as partes envolvidas no conflito, os atores do sistema de justiça, se atomizam para reproduzir, sem muita reflexão, uma intervenção estatal desmedida (logo, abusiva) e sem utilidade, na medida que apenas segue causando dor.

Entende-se que a contribuição da presente tese tem enfoque imediato, pois ao retirar o leitor da zona de conforto para propor abordagem inversa ao atual espetáculo de terror que se localiza o processo penal, se pretende oferecer contributos mais gerais na construção de uma sociedade mais fraterna e igualitária, capaz de refazer os elos perdidos pela modernidade líquida denunciada por Zygmunt Bauman.

Assim, repesando o crime e com ele a própria ideia de gravidade, o estudo segue as linhas dos abolicionistas, como Louk Hulsman, para, concordando com suas premissas sem necessariamente aderir às suas soluções, refletir sobre as possíveis respostas para os diferentes problemas, com participação das partes e desfecho diferente da atual e uníssona imposição de pena.

Ao empreender contribuições para uma política criminal mais humana e, portanto, menos aflitiva, a presente tese encontra-se na complementação de estudos que visam alterar o atual tratamento penal brasileiro, questionando sua tendência punitivista, que se perpetua pela adoção de um processo penal inquisitório, com o objetivo de colapsar por dentro as estruturas inquisitoriais, possibilitando, assim, a edificação do sistema acusatório.

Fica definida a metodologia eleita, por meio de uma pesquisa teórico-descritiva e documental-explicativa, corroborada com o estudo da doutrina nacional e estrangeira sobre o tema. Adota-se, ainda, o método lógico-dedutivo e, ao final, com o lógico-indutivo, a fim de avaliar a mediação penal, seu cabimento e demais contornos no processo penal brasileiro, sem, contudo, escamotear outros métodos na análise.

2. A ADOÇÃO DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO.

É urgente tomar partido com clareza uma clareza capaz de tocar a vida, porque é vital desemaranhar e agir por dentro dos labirintos do controle penal.

(ANDRADE, 2006, p. 179)

Partindo do minimalismo e de sua necessária repercussão no processo penal como imposição democrática de um Direito Penal realmente subsidiário, é necessário demarcar as bases e os desafios do sistema de justiça criminal brasileiro. Porém não sem antes desmascarar suas falsas promessas e incidência desigual por meio de uma suposta técnica neutra e científica. Isso a fim de apresentar uma opção legislativa que integre a população, ainda que por meio do conflito rotulado como criminoso, possibilitando alternativas ao atual, frio e incompleto modelo de processo penal aflitivo.

Até porque é preciso assumir, de uma vez por todas, que a máquina estatal, na maior parte do tempo, implementa, por meio do sistema criminal, um projeto de criminalização¹ de condutas que selecionam uma parcela da população², bastando olhar para os números do cárcere para demonstrar que, reconhecidamente³, é incapaz de concretizar as finalidades

¹ Não só Alessandro Baratta (**Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002), mas também Nilo Batista (**Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2007) e Vera Malaguti (**Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Renavan, 2011), Lola Aniyar de Castro (**Criminologia da Libertação Rio de Janeiro**: Renavan, 2015) e Rosa del Olmo (**A América Latina e sua Criminologia**, Rio de Janeiro: Renavan, 2004) esclarecem que os processos estatais por meio do Direito Penal são de criminalizar condutas já que a criminalidade não existe ontologicamente. Demonstram os autores que a forma seletiva de eleição de comportamentos controláveis se dá a partir de interesses de certos grupos que pretendem, por meio da força e da ideia de técnica e uma suposta e improvável neutralidade científica, sujeitar corpos e almas. O estado previdenciário é substituído pelo estado penal, aumentando-se penas e reduzindo garantias.

² Mais uma vez, Vera Malaguti (2011, p. 30) esclarece que as questões criminais do Brasil no século XXI implicam na continuidade do genocídio colonizador, que se seguiu na escravidão e se eternizou no capitalismo, chamando a atenção para a necessidade de contenção da barbárie por meio de uma criminologia própria que busque o fim da prisão, alertando que no dia a dia tudo pode sempre piorar. Sobre quem está no cárcere, os indesejáveis controláveis pelo Direito Penal, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) informa que são mais de 812 mil pessoas (dados de jul/2019) podendo chegar em 2025 a 1,5 milhão já que o crescimento carcerário é de 8,3% ao ano. Ocupando o 3º lugar no ranking mundial, o Brasil enjaula jovens (54% tem entre 18 e 29 anos), pretos e pardos (55,4% da população carcerária) e com baixa escolaridade (66% não completaram o ensino básico), segundo dados do Infopen de jul/2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> Acesso em 17 dez. 2019.

³ O Supremo Tribunal Federal (STF), em 2015, quando do julgamento da liminar parcialmente concedida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, protocolizada também em 2015, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), reconheceu no sistema prisional brasileiro o Estado Inconstitucional de Coisas, diante do quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura. Desse modo, apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional. Ao reconhecer a situação diante da afronta generalizada aos direitos humanos, a corte oportuniza que o Estado inicie uma série de medidas com o objetivo de reverter a situação deplorável do sistema carcerário nacional, diante do descumprimento inclusive de diversos compromissos assumidos

declaradas da sanção penal⁴.

Para analisar o sistema acusatório e suas principais implicações, é urgente olhar os ordenamentos processuais de alguns países da América Latina, ainda que de uma maneira global. Isso porque, após os processos de redemocratização, todos os países desta terça parte da América elaboraram novos Códigos de Processo Penal. É bem verdade que a implementação das mudanças acontece em velocidades distintas, pelas peculiaridades locais de cada Estado, mas o processo rumo ao cumprimento das promessas democráticas já foi iniciado.

A fim de discutir o cabimento da mediação entre vítima e agressor no processo penal brasileiro, neste capítulo serão tratadas as premissas fixadas pela Constituição Federal de 1988⁵ e as necessárias adequações legislativa, administrativa e, também, na postura das agências de controle do sistema de justiça, demonstrando, ainda que em linhas gerais e exemplificativas, a situação do processo penal na América Latina.

2.1. A DIMENSÃO DO MINIMALISMO NO MÉTODO PUNITIVO DO SISTEMA CRIMINAL DE JUSTIÇA.

Entender o significado e a adoção do minimalismo é tarefa primeva para a realização de um processo penal que atenda aos fins programados pela Constituição Federal de 1988 e pelos documentos internacionais, que também ordenam o sistema de justiça brasileiro. Para tanto, é preciso compreender como o Estado elabora suas leis e qual é o ambiente em que essa tarefa é realizada. Essencial, ainda, compreender como a intervenção se concretiza por meio de um conjunto de regras utilitarista e autoritário, sob falsos argumentos e consequências deletérias, seletivas e estigmatizantes.

São as correntes criminológicas que permitem a demonstração dessas desvirtuadas programações, bem como o uso desigual do aparato violento estatal penal e a intervenção por meio de suas agências de controle que, muitas vezes, desenvolvem suas atividades sem perceber o nível de preconceito e seletividade que carregam, pois as forças incidentes são tão antigas como eficientes na tarefa de fazer sofrer, especialmente determinado grupo de pessoas.

internacionalmente (Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos), além das normas pátrias como a Constituição federal e leis infraconstitucionais. – STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

⁴ As funções declaradas da pena não se concretizam, servindo como legitimações vazias de controle já que os números não demonstram o cumprimento das promessas preventivas declaradas pela legislação penal em vigor.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

A defesa da utilização da mediação penal entre vítima e agressor depende da prévia demonstração dessa deslegitimação do Direito Penal e do Processo Penal. Este último é instrumento de viabilização da atividade de imposição de dor e sofrimento, por meio de um conjunto de normas, supostamente neutro, pois hipoteticamente técnico – ambas qualificações inverídicas.

Para questionar a premissa de exclusividade estatal para responder os delitos, fundamental enfrentar temas centrais como os a seguir, pois a novel solução proposta por esta pesquisa rompe a lógica posta, desviando o curso punitivo que segue em franca marcha de expansão. A tarefa de punir se amplia, seja horizontalmente, na medida em que cria e amplia⁶ novas condutas rotuladas como criminosas, seja verticalmente, com o aumento de penas e criação de institutos que, apesar de programados para reduzir o sistema de intervenção, são utilizados para ampliar o espectro de intervenção⁷.

2.1.1. Perspectivas minimalista e abolicionista e a lógica efficientista.

A revolução promovida pela criminologia crítica, ao constatar que o desvio não é uma qualidade do ato ou da pessoa que o pratica, mas a consequência de um rótulo aplicado, desestabilizou as bases da criminologia ortodoxa. De matriz positivista, ela pressupunha neutras as definições legais e os processos de atribuição de responsabilidade, que qualificam como anormais determinadas pessoas e ilícitos certos comportamentos⁸.

Apesar da denúncia promovida pela criminologia crítica⁹, com a teoria do *labeling approach*, e pela criminologia radical¹⁰, que incluíram na discussão as relações de poder que permitem que certas pessoas, grupos ou classes detenham, em uma determinada sociedade, a capacidade de eleição das condutas lícitas e ilícitas, dos comportamentos normais e anormais¹¹, a aplicabilidade desses estudos não ressoa de maneira significativa no sistema de justiça criminal.

⁶ Não só novos tipos penais são criados pelo Legislativo, mas também novas interpretações do STF ampliam o uso do direito penal. Exemplo dessa extensão foi o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 163.334/SC, ocorrido em dezembro de 2019, que entendeu que comete crime o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2º (inciso II) da Lei 8.137/1990, conduta não prevista no tipo.

⁷ Os substitutos penais como o novo acordo de não persecução penal contido no artigo 28-A do Código de Processo Penal e seu uso invertido serão tratados neste capítulo.

⁸ CARVALHO, Salo de Carvalho. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 104, out./dez. 2013, p. 281.

⁹ Especialmente com Alessandro Baratta e Howard Becker, e o conceito de o *labeling approach* e a teoria do etiquetamento penal.

¹⁰ Juarez Cirino dos Santos, por todos, especialmente na obra **Criminologia Radical**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹¹ CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 104, out./dez., 2013, p. 282.

O abolicionismo e o minimalismo são correntes de pensamento de deslegitimação do Direito Penal, protagonizando formas alternativas de resolução de conflitos, um em menor grau e escala de tempo, outro, de forma imediata e total.

Necessário demonstrar essa deslegitimação do sistema penal¹², tanto pelos seus efeitos teóricos, como práticos, diante das suas múltiplas incapacidades¹³. Entre elas, a violação de direitos, mais do que a proteção de bens jurídicos que tal sistema diz proteger, bem como a polarização da sociedade, que acredita na existência do bem e do mal e ainda desconsidera, conforme salienta Selma Pereira de Santana¹⁴, que o delito é um problema que afeta pessoas, estando em sua base geralmente um conflito humano, gerador de expectativas outras bem distintas, além da mera pretensão punitiva estatal.

Zaffaroni¹⁵ defende a pertinência do abolicionismo para a América Latina, afirmando que a total deslegitimação do sistema penal é de uma evidência inegável diante das mortes, das privações de liberdade e das vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes dessas populações. Além disso, a indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal, a perda de controle sobre as agências executivas dos sistemas penais, a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários, bem como a prática de delitos gravíssimos por parte de integrantes dos órgãos penais.

Sobre a atuação seletiva do sistema penal, Ana Flauzina¹⁶ denunciou a sua programação para criminalizar os comportamentos praticados pela população negra, demonstrando em detalhes como o projeto de domínio se modelou e se adaptou aos anseios de uma elite branca que quis e quer controlar o corpo negro. A autora retratou o viés punitivo e engenhoso do Direito Penal, engrenagem que precisa ser rompida por dentro, por fora, de cima pra baixo e também pelos lados, abrindo-se os caminhos para uma justiça negocial, dando voz e vez a todos.

¹² Entendendo o sistema penal como o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal, nos exatos dizeres de Eugênio Raúl Zaffaroni no seu **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol 1. parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65-66.

¹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: A Crise Do Sistema Penal Entre A Deslegitimação e a Expansão publicado na **Revista Sequências**, n. 52, jul, 2006, p. 163-182.

¹⁴ SANTANA, Selma Pereira de. **Uma Visão atualizada das vítimas de delitos diante dos modelos das Ciências Criminais e do Processo Penal**. Revista do CEPEJ, v. 1. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2008, p. 87.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991, p. 107

¹⁶ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

Nunca é demais frisar que não há fracasso na desigualdade imposta pelo Direito Penal que pretende conter determinadas pessoas.

Ao categorizar a população em zonas, Thula Pires¹⁷ explica a existência de categorias baseadas na raça, que instituem uma linha que separa duas zonas: a do humano (zona do ser) e a do não humano (zona do não ser). Sendo o padrão de humanidade determinado pelo sujeito soberano (homem, branco, cis/hétero, cristão, proprietário e sem deficiência), também ele definirá o sujeito de direito a partir do qual se construirá toda narrativa jurídica.

Sob essa premissa, as categorias jurídicas foram pensadas pela e para a zona do ser, ou seja, aquelas pessoas que dominam o saber impõem dor e sofrimento aos subjugados destinatários da violência estatal. É o que constata Thula Pires ao salientar que, do ponto de vista de elaboração da norma e do seu processo de aplicação, as experiências de violência que atuam episodicamente sobre a zona do ser determinam os contornos da proteção e o vocabulário a partir do qual as violações serão inteligíveis e acessadas.

Essa normalização que centra e estrutura processos de violência predeterminados com base em marcadores sociais não atende ao ideal republicano programado pela nova ordem pós 1988. Por isso, é preciso implodir essa lógica. Denunciá-la não é mais suficiente, sendo necessário pensar em mecanismos compatíveis com a política criminal¹⁸ minimalista para, oblíqua e estrategicamente, implementá-la de modo definitivo.

Ao falar em minimalismos e abolição, deve-se sempre pontuar que não se defende a ausência de punição, como alerta Vera Regina Andrade¹⁹ ao esclarecer o objetivo do movimento e a necessidade de abolir a cultura do punitivismo, a começar pela linguagem e pelo conteúdo das categorias estereotipadas e estigmatizantes que tecem o fio dessa organização. O abolicionismo, portanto, não significa ausência de controle, mas a superação dessa ilusão criada pelo sistema penal na busca por soluções em substituição ao punir, deslocando o eixo tanto do espaço, do Estado para a comunidade, quanto de modelo, de uma

¹⁷ PIRES, Thula. Cartas do Cárcere: testemunhos políticos dos limites do Estado Democrático de Direito. PIRES, Thula e FREITAS, Felipe (Orgs.). **Vozes do cárcere**: ecos da resistência política. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018, p. 169-170.

¹⁸ O conceito de Política Criminal acolhido por esta pesquisa é o de Juarez Cirino dos Santos que afirma: “A política criminal é o programa do Estado para controlar a criminalidade. (SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Discursos Sediciosos. **Crime, Direito e Sociedade**. V. 7, n. 12, jul./dez., 2002. Rio de Janeiro: Revan. p. 53). Adota-se também a definição de Alessandro Baratta, que entende que “Política Criminal é a noção para uma lida estatal com as consequências do crime e igualmente sua prevenção. (BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal**. Montevideo/Buenos Aires: B de F Editorial, 2004. p.152).

¹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: A Crise Do Sistema Penal Entre A Deslegitimação e a Expansão publicado na **Revista Sequências**, n. 52, jul, 2006, p. 172.

organização cultural punitiva, burocratizada e hierarquizada para uma organização cultural horizontal, dialogal e local de respostas não violentas ao conflito²⁰.

Assim, é correto afirmar que o abolicionismo está associado a uma revitalização do tecido social, sendo, nesse sentido um autêntico ícone de cidadania²¹.

Ao analisar os minimalismos, é ainda Vera Regina Andrade quem diferencia o minimalismo fim para o abolicionismo, sendo esse um movimento de deslegitimação do sistema penal. Seus representantes, como Alessandro Baratta e Eugênio Raúl Zaffaroni, não veem salvação para ele, nem a médio nem a longo prazo²². O último autor, focando seu trabalho de pesquisa na América Latina, assevera que o Direito Penal mínimo é sem dúvida uma proposta a ser apoiada por todos que deslegitimam o sistema penal, como meio de passagem para o abolicionismo, “por mais inalcançável que esse hoje pareça”²³.

Mas há também o minimalismo fim em si mesmo, movimento de relegitimação do sistema penal, que tem como um dos mais importantes representantes Luigi Ferrajoli. Ele busca relegitimar esse sistema de justiça, dando-lhe novos contornos, para mantê-lo. O autor acredita que uma anarquia punitiva seria mais prejudicial e defende as garantias aos desviantes e não desviantes, instituindo o seu sistema de garantias²⁴ e postulados.

Fazer essas considerações é fundamental, mas não sem apresentar os temas, suas interseções e aproximações para, então, demarcar a opção que conduzirá essa tese, chamando a atenção para o que Vera Regina Andrade pontua como falsa questão: a suposição de bipolaridade e oposição entre abolicionismo e minimalismo²⁵.

Nas palavras da autora:

É que abolicionismo e minimalismo não podem ser encerrados numa dicotomia ou bipolarização estática, pois os minimalismos teóricos, partindo da deslegitimação, não são bipolares, mas complementares ou contraditórios e, assim, se dialetizam com os abolicionismos, seja porque os modelos incorporam a razão abolicionista (Alessandro Baratta e Raúl Zaffaroni) e a ela são reconduzidos, taticamente; seja porque instauram a polêmica, ou seja, a antítese dialética em relação a ela (Ferrajoli), o que desemboca no plano da argumentação²⁶.

²⁰ Idem, p. 173.

²¹ Ibidem, p. 174.

²² Ibidem.

²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro, Revan, 1991, p. 107.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, Abolicionismos e Eficientismo: A Crise Do Sistema Penal Entre A Deslegitimação e a Expansão publicado na **Revista Sequências**, n. 52, jul, 2006, p. 174.

²⁶ Idem, p. 177.

Ao propor, assim, a reunião dos abolicionismos e dos minimalismos, a autora defende que ambos oferecem ferramentas importantíssimas para conter a violência e proteger direitos humanos relativamente a todas as ações do sistema e também para avançar, considerando que os modelos são sempre locais e fornecem instrumentos nessa direção sob o crivo da Constituição e da cidadania²⁷.

Embora alguns desavisados acreditem ser o minimalismo a antítese do abolicionismo, Vera Regina esclarece que, na verdade, o seu oposto é o eficientismo penal. Utilizando-se do rótulo do minimalismo fim, essa corrente expande e relegitima o sistema penal, partindo da ideia de que o sistema não funciona e os números não diminuem pela insuficiência repressiva, sendo necessário, portanto, criminalizar mais, prender mais e aumentar o aparato policial²⁸.

Por tudo isso, é preciso entender e ter cuidado com a adoção do minimalismo, já que ele, pela manipulação do seu conceito, pode servir ao eficientismo disfarçado de minimalismo. Isso é pontuado por Salo de Carvalho ao tratar dos substitutivos penais e de sua eficácia invertida, chamando a atenção para a necessidade de concretização das premissas assumidas por meio da ratificação das Regras de Tóquio. O debate sobre universalizar as medidas alternativas ao cárcere ocorreu no 8º Congresso da Organização das Nações Unidas (1990), com a elaboração das citadas regras e consequente assunção do compromisso de promover o emprego de medidas não privativas de liberdade substitutivas à prisão²⁹.

O documento prevê:

Artigo 1.2. As presentes regras têm por objetivo promover uma maior participação da comunidade na administração da justiça penal e, muito especialmente, no tratamento do delinquente, bem como estimular entre os delinquentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade.³⁰

Olhando para o sistema de justiça brasileiro, nota-se o desprezo pelo compromisso assumido, sendo fácil perceber que ao invés de diversificar as respostas, o Estado mantém a punição na sua forma preferencial, qual seja: o cárcere e sua imposição por meio do processo penal inquisidor. Acredita-se cegamente que mais punição é o modo eficiente de solucionar o problema da criminalidade, ainda que o sistema carcerário agonize³¹.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem, p. 178.

²⁹ CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.) **Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneo II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 150-151.

³⁰ ONU. **Regras de Tóquio**. Tóquio, 1990.

³¹ O Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário foi reconhecido quando do julgamento da ADPF 347 (STF, 2015). Sobre isso, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>, acesso em 05 out 2019) verifica a existência de um quadro de violação

O que se vê, muitas vezes, é a utilização desvirtuada e infiel desses argumentos criminológicos para manter um sistema penal máximo ao invés de, concretizando o Direito Penal como *ultima ratio*, minorar os seus efeitos deletérios, implementando medidas alternativas, apresentando, para tanto, novas formas de velhas intervenções penais³².

Esse é um perigo iminente que precisa ser de logo anunciado para que se evite a permanência e o desvirtuamento. Os argumentos criminológicos que desencadeiam a defesa de novos institutos, como a mediação vítima/agressor, evitando, assim, o processo oficial aflitivo, não podem servir para ampliar o sistema penal em situações em que ele nem deveria atuar.

A matriz efficientista é, portanto, manifesta. Desconsiderando os aportes da crítica criminológica, o Brasil segue com a expansão legislativa imprimindo maior eficiência à apuração de delitos, dando respostas penais rápidas a um baixo custo para o Estado³³.

A denúncia desse estado de coisas é feita a partir da leitura essencial do abolicionismo e do minimalismo, que precisam ser entendidos no plural e de uma maneira global, já que, apesar de diversas, as manifestações desses movimentos com os mesmos nomes, para surpresa de alguns, se falam. É o que ressalta Vera Regina Pereira de Andrade, ao esclarecer que o abolicionismo existe como movimento social, já que funda grupos de ações pelo mundo³⁴, bem como possui uma perspectiva teórica, que analisa o objeto, seus caminhos, métodos e táticas dessa corrente³⁵. Do mesmo modo bifurcado existe o minimalismo, que

generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional. Assim, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional, diante da presença das seguintes condições: (i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

³² A submissão do preso em flagrante ou provisório a uma audiência de custódia (Resolução 213/2015 do CNJ, em decorrência dos documentos internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, de 1969) em nada diminui essa forma de intervenção penal. Apenas se pretende melhorar (porque não se sabe ainda a qualidade da prisão após a sua implementação) o mesmo modo de fazer.

³³ BRITO, Michelle B. Delação Premiada e criminalidade organizada. uma análise da Política Criminal expressa na Lei nº. 12.850/2013 sob a perspectiva da Criminologia. **Revista Eletrônica de Direito Processual Penal e Política Criminal – UFRS**, V. 4, N. 1, 2016, p. 09.

³⁴ A exemplo do *Groupe d'Information sur les Prisons* fundado por Michael Foucault na França, a Liga Coorhhert por Hulsman e, ainda, o KROM (*Norsk forening for Kriminal Reform*) fundado por Mathiesen na Noruega em 1969, sendo possível encontrar também na Inglaterra (RAP – Radicais Alternativas à Prisão) e nos EUA associações que projetam o abolicionismo na prática, como informa Vera Regina Pereira de Andrade (Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequências**, n. 52, jul, 2006, p. 163-182.)

³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, Abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequências**, n. 52, jul. 2006, p. 163-182.

pode ser classificado como minimalismo meio para o abolicionismo e como fim em si mesmo, como expõe, ainda, Vera Regina Pereira de Andrade, ao esclarecer que esse último tem efeito invertido no Brasil, pois, os institutos que o concretizariam serviram para expandir paradoxalmente o controle penal³⁶.

2.1.2. Desvirtuamento do minimalismo e a cultura punitivista.

A cultura punitivista impregnada no sistema de justiça penal brasileiro absorve, manipula e desvirtua por completo as premissas e as consequências minimalistas, sendo necessário pontuar algumas dessas situações a fim de evitar que se faça o mesmo com a mediação proposta nesta pesquisa.

Exemplo dessa cultura pode ser extraído da conhecida tipificação legislativa que insiste em rotular condutas como criminosas, sob a premissa de tutela de bem jurídico, apesar do alerta de muitos, a exemplo de Sebastian Borges de Albuquerque Mello³⁷, que salienta a inutilidade do Direito Penal e, especialmente, da pena, que não consegue produzir nada de benéfico ou útil.

Porém, para além da produção legislativa de novos crimes, nota-se também a insistência dessa cultura punitivista impregnando o próprio Judiciário, e até sua mais alta corte. É o que se vê, por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin, julgados em junho de 2019. Na decisão, o plenário aprovou a tese proposta pelo relator da ADO, e entendeu que, até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. Em um segundo ponto, a tese previu que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. Por fim, a tese estabeleceu que

³⁶ Já que o sistema dos Juizados Especiais Criminais, por exemplo, revigora a punição de comportamentos que não deveriam nem mais ser considerados como típicos pelo Direito Penal caso o princípio da Intervenção Mínima fosse aplicado de maneira responsável. Um exemplo mais atual desse efeito é o resultado das audiências de custódia, onde se concede Liberdade Provisória com a imposição de medidas cautelares em 99% dos casos, como apontou a pesquisa realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2018/03/RELATO%CC%81RIO-Pesquisa-Audie%CC%82ncias-de-Custo%CC%81dia-IBADPP-1-1.pdf> Acesso em 07 out. 2019.

³⁷ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Novo Conceito Material de Culpabilidade**: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 337

o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis³⁸.

Ou seja, a mais alta corte de justiça do país, interpretando extensivamente a lei que regula o crime de racismo, resolveu criminalizar as citadas condutas, demonstrando a imersão em uma cultura punitivista não compatível com as programações constitucionais e convencionais.

Não é a regulamentação da mediação entre (suposta) vítima e (suposto) agressor que vai sozinha alterar essa ambiência punitiva. Até porque não é uma providência isolada que irá resolver o problema cultural que envolve o direito material e processual penal, mas um conjunto de ações que irá implementar a redução de danos proposta³⁹ pelo minimalismo, sendo a mediação penal uma das medidas nessa empreitada redutora da violência estatal – exercida amplificadamente pelo Direito Penal.

Exemplo dessa cultura punitivista e desvirtuamento do minimalismo pode ser verificado na reativação da preocupação estatal em relação às contravenções penais. O advento da Constituição Federal de 1988 deveria ter ocasionado a revogação da lei que tipifica esses delitos, devido à irrelevância penal das condutas ali previstas. Apesar de isso não ter acontecido formalmente, o sistema penal deixou de se preocupar com tais ilícitos até o advento da Lei 9.099/1995⁴⁰, que regulamentou os Juizados Especiais Criminais, criando institutos como a transação penal. A entrada em vigor desta lei revitalizou a preocupação estatal penal em relação às condutas descritas na Lei 3.688/1941⁴¹, que voltaram a ser objeto de registro policial e encaminhamento judicial.

Ou seja, ao invés de desaparecerem, as contravenções penais voltaram a ser objeto de atenção penal, ainda que não ensejem condenações, pois muitos expedientes resultam em

³⁸ STF. **ADO 26. Rel. Min. Celso de Mello e MI 4733.** Rel. Min. Edson Fachin, julgados em junho de 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf> Acesso em 30 mar. 2020.

³⁹ Em **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**, Rio de Janeiro: Renavam, 2011, Vera Malaguti, por exemplo, apresenta uma lista de providências aptas a implementar um direito penal mínimo, a saber: mudança radical na política de drogas, produzindo políticas coletivas de controle pela legalidade; despenalização de crimes patrimoniais sem violência contra pessoa, como o furto; abrir os muros das prisões para sua comunicação com o mundo, seus amores, suas famílias, seus amigos, seus cronistas; impedir que os familiares de presos sejam punidos além da estigmatização que já sofrem; diminuir em grande proporção o número de policiais, desarmando-os e transformando-os em agentes coletivos de defesa civil, invertendo o sentido da segurança pública da guerra contra os pobres para o amparo aos efeitos das ruínas da natureza sob o jugo do capital; legalização do segundo emprego de policiais e bombeiros; ampliação e fortalecimento da Defensoria Pública; fim da exposição dos “suspeitos” para a mídia e restrições ao noticiário emocionado de casos criminais, que aniquila o direito a um julgamento justo por juízes isentos e, também, como salienta a autora: transformar a ideologia do combate em grandes instaurações de mediações horizontais no sentido do desarmamento, proposta defendida nesta tese como um dos mecanismos de ambiência democrática e redutora do punitivismo estatal.

⁴⁰ BRASIL. **Lei 9.099/1995.** Brasília, DF: Senado Federal, 1995.

⁴¹ BRASIL. **Lei 3.688/1941.** Brasília, DF: Senado Federal, 1941.

transação penal. Entretanto, esse instituto, apesar de não ser formalmente pena, impõe restrições ao cidadão celebrante.

Por esta razão, a defesa da mediação deve estar acompanhada dessa ressalva: é preciso achatar o uso do Direito Penal em todas as suas esferas de incidência, a começar pela tipificação de condutas. Ademais, após a etapa legiferante, a sua incidência deve preferir as saídas alternativas, menos aflitivas. Só assim, realizado o necessário dique de contenção, é que o minimalismo será, enfim, concretizado.

No caso do Brasil, olhando para os substitutos penais (que efetivamente deveriam diminuir o impacto do cárcere sobre os grupos vulneráveis e não serem incorporados como instrumentos aditivos, de ampliação, do controle social punitivo⁴²), muitos desses institutos diversificam o processo penal e a pena de prisão (transação penal e penas restritivas de direito, por exemplo), mas sem alterar a amplitude e a qualidade de intervenção estatal no âmago. Isso porque não rompem com a lógica punitivista, simplesmente a revigorando. Representam, assim, um reformismo tecnocrático, conservador e relegitimador da instituição carcerária⁴³.

Outro exemplo dessa seletividade e manutenção do punitivismo é a colaboração premiada, que diminui ou extingue a pena daqueles que efetivamente colaboram para a intervenção penal. Porém o princípio da igualdade segue violado, vez que, conforme pondera José Carlos Porciúncula⁴⁴, quem delata e se beneficia da delação é o membro mais envolvido na organização criminosa, pois só pode ser delator quem tem o que delatar. Se assim não fosse, não teria muito a dizer e não -interessaria ao Ministério Público a propositura de um acordo. Assim, essa pessoa é quem mais contribui para a associação delituosa, de forma que o sistema de justiça criminal se mantém irretocável.

Destarte, o paradigma do atual Direito Penal continua sendo aquele definido por Álvaro Pires⁴⁵ como uma opção de imposição de dor e sofrimento àquele que praticou uma conduta delituosa, lastreado em um suposto redutor, arcaico, uníssono, insuficiente e autista efficientismo penal. Acresce-se a isso a sua seletiva eleição de quem serão os mais atingidos

⁴² CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneo II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p.151.

⁴³ Salo de Carvalho é quem chama a atenção para o perigo. (Idem à nota anterior, p. 153-154)

⁴⁴ PORCINCÚLA, Jose Carlos. **Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada (Artigo 4º da Lei 12.850/13)**. 2017. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4-da-lei-12-850-13>>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁴⁵ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 68, mar. 2004, p. 41.

pelo sistema e do modo mais doloroso: os outros⁴⁶. Ainda que atualmente as delações premiadas no Brasil tenham sido utilizadas nos crimes envolvendo os “poderosos”⁴⁷, sabe-se que esse ramo do ordenamento tem um cliente favorito e reproduz a desigualdade social, razão pela qual impacta com mais intensidade na parcela da sociedade comumente perseguida no âmbito penal.^{48 49}

Outra hipótese que merece reflexão é se esses substitutos ao cárcere, além de não reduzirem o número de presos (dados de 2014 do Ministério da Justiça mostram que o número de pessoas presas no Brasil aumentou mais de 400% em 20 anos⁵⁰), materializam o minimalismo penal ou ampliam o sistema penal ao impor, ainda sem encarceramento, dor e sofrimento diante da submissão do cidadão ao sistema, sempre retributivo e estigmatizante.

O paradigma racional anunciado por Álvaro Pires se incube de subverter a aplicação dos institutos, ainda que revigorados na origem e em conformidade teórica com o minimalismo, pela ausência de um compromisso democrático desse viés civilizatório.

Foi o que aconteceu com a Lei 12.403/2011⁵¹ e o sistema polimorfo de cautelares pessoais por ela instituído. A referida lei prevê a possibilidade de medidas cautelares restritivas de direito em substituição à prisão preventiva, podendo o magistrado determinar, por exemplo, a entrega do passaporte e apresentação mensal em juízo⁵². Antes, os casos de prisão em flagrante seguiam dois caminhos: concedia-se liberdade provisória e o suspeito ficava “plenamente” livre ou se convertia o ato administrativo em prisão preventiva. O caminho era, portanto, bipolar.

⁴⁶ Sobre a seletividade do sistema penal por todos, vide BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Especialmente sobre o conceito de outros: “Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriados, especificando algumas como ‘certas’ e proibindo outras como ‘erradas’. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém que não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um *outsider*.” (BECKER, Howard. **Outsiders: uma sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 15.)

⁴⁷ Sobre a delação premiada no direito italiano e seu impacto nas camadas mais periféricas da sociedade, Natália Oliveira Carvalho salienta que, durante a operação Mãos Limpas, “para cada mafioso ou político corrupto preso, cerca de cem jovens drogaditos ou imigrantes pobres eram detidos.” (CARVALHO, Natália O. **Delação Premiada no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 80)

⁴⁸ BRITO, Michelle B. Delação Premiada e criminalidade organizada. Uma análise da Política Criminal expressa na Lei nº. 12.850/2013 sob a perspectiva da Criminologia. **Revista Eletrônica de Direito Processual Penal e Política Criminal – UFRS**, V. 4, N. 1, 2016, p. 09.

⁴⁹ Assim, antecipando a resposta à natural e esperada pergunta sobre por que não estudar esse tão atual instituto chamado colaboração premiada, nota-se que, pelo viés crítico já anunciado, a pretensão é contrair o âmbito de incidência do Sistema de justiça penal, oferecendo mecanismos para a não submissão do cidadão às agências de controle sempre frias e causadoras de sofrimento, como anuncia Nilo Batista em **Introdução Crítica ao Direito Penal**, 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁵⁰ Dados em diversas pesquisas, a exemplo da divulgada pelo CNJ disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/> acesso em 05 out. 2019.

⁵¹ BRASIL. **Lei 12.403/2011**. Brasília, DF: Senado Federal, 2011.

⁵² Combinando, assim, o artigo 320 com o inciso I do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Com o advento da referida norma, o juiz passou a ter uma terceira opção, podendo conceder liberdade provisória “plena”, liberdade provisória com a imposição de alguma das medidas restritivas diversas da prisão ou, em caso excepcional, converter o flagrante em prisão preventiva, dependendo da necessidade que a hipótese demonstrasse, observando as demais limitações e condicionantes legais.

Conforme dados da pesquisa realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), no sistema anterior à lei 12.403/2011, o juiz convertia em preventiva metade dos casos de prisão em flagrante, concedendo aos outros 50% liberdade provisória – que só poderia ser plena, sem qualquer restrição. A fim de subsidiar o magistrado com um rol de opções de medidas cautelares menos gravosas, elaborou-se a referida lei, limitando as ingerências estatais indevidas na esfera de liberdade individual do cidadão⁵³.

Ocorre que, ao ser incorporada no ordenamento jurídico, o número de concessões de liberdade sem qualquer medida restritiva praticamente zerou, vez que o juiz, ao apreciar o Auto de Prisão em Flagrante e concluir pela desnecessidade de conversão em prisão preventiva, ao invés de conceder a liberdade provisória plena, o faz condicionando-a ao cumprimento de alguma (ou algumas) medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão.

Dados da pesquisa realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), no ano de 2016, na cidade de Salvador-Bahia, mostram que só em 1% dos casos a liberdade plena é concedida⁵⁴. Pode-se concluir que o substituto processual da prisão preventiva, que nasceu com o objetivo de diminuir o poder punitivo e a amplitude do sistema de justiça, foi incorporado em sentido inverso, já que expandiu o poder de fiscalizar e submeter o cidadão⁵⁵.

⁵³ Pesquisa demonstra a resistência dos magistrados em conceder a liberdade plena aos conduzidos em razão de prisão em flagrante, tendo em vista que, do total das 590 decisões analisadas, o maior resultado obtido pelo grupo de pesquisadores foi o de liberdade com fixação de cautelares, totalizando 286 decisões. (Os demais casos implicaram em relaxamento (14); decretação de prisão temporária (um); conversão em prisão preventiva (285) e concessão de liberdade plena (quatro). FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? Salvador. 2018. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2018/03/RELATO%CC%81RIO-Pesquisa-Audie%CC%82ncias-de-Custo%CC%81dia-IBADPP-1-1.pdf> Acesso em 05 out. 2019.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ O rol das cautelares restritivas de direito encontra-se nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, valendo a pena a listagem para elucidar ao leitor do que se tratam: “Artigo 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver

Houve, portanto, um desvio de finalidade no escopo da Lei 12.403/2011, fazendo com que as medidas cautelares se tornassem, em verdade, alternativas à liberdade plena, e não à prisão preventiva, como esperado.

Outros institutos que podem parecer concretizar o minimalismo, mas desvirtuam o sistema penal e o expandem, são a colaboração premiada (já implementada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 12.850/2013⁵⁶) e a barganha (projetada para o novo Código de Processo Penal por intermédio do Projeto de Lei 8.045/2010, em trâmite no Congresso Nacional⁵⁷). Institutos que, sob a premissa de concretizar com mais celeridade a punição⁵⁸, ainda que mais branda, ignoram a função primordial do processo penal, que é conter o poder punitivo estatal, limitando-o.

Exemplo desse movimento é o que se extrai de umas das críticas mais agudas dirigidas contra a colaboração premiada. Segundo ela, as informações prestadas pelo delator tornariam o processo penal um instrumental para confirmação de prova, afrontando diversos princípios como a presunção de inocência e o contraditório. Esse último resta violado severamente, pois além da garantia do direito à informação e participação do acusado em todos os atos do

justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (artigo 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. Artigo 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.” (BRASIL, 1941)

⁵⁶ BRASIL. **Lei 12.850/2013**. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

⁵⁷ Apenas por rigor científico faz-se necessário conceituar delação premiada e barganha apenas para diferenciar os institutos que se critica neste tópico. “barganha é o mecanismo processual específico, definido como instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio de aceitação do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua confissão, em troca de algum benefício (em regra, redução da pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado.” (VASCONCELLOS, Vinícius G. **Barganha e Justiça Criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 68.) Sendo que a diferenciação fundamental entre tais institutos, ainda segundo Vasconcellos, diz respeito à manutenção do processo e obtenção de outros elementos probatórios para fundamentar eventual sentença condenatória. A barganha é um mecanismo que admite a imposição de pena com a supressão do transcorrer normal do processo. Já a colaboração pressupõe a corroboração dos elementos de prova dela admitidos, mantendo a necessidade de produção probatória e dos atos procedimentais de instrução e julgamento. (**Colaboração Premiada no processo penal**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2017, p. 25.)

⁵⁸ Essa aceleração do processo é binária, mas distinta, já que em relação ao imputado que aceita a barganha, o processo penal será abreviado, mas em relação ao imputado delatado, na colaboração, o devido processo penal se mantém essencial, já que a colaboração é vista como meio ou fonte de prova, mas não como prova por si só, devendo ser confirmada em juízo. Deve-se ficar atento ao risco da delação premiada virar barganha. Nota-se que a colaboração premiada é um meio de prova pendente de validação que irá ocorrer ou não na instrução criminal, não havendo condenação baseada apenas na colaboração. É por isso que o processo penal se mantém necessário para o delator e delatado como bem salienta VASCONCELLOS, Vinícius G.: na mesma obra **Barganha e Justiça Criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 217

processo, garante o direito das partes de influenciar o julgador quando da formação da sua convicção para o julgamento do caso penal. Portanto, deve o magistrado estar aberto a essa influência, sob pena de o processo virar uma instância forjada de confirmação das incriminações realizadas pelo delator⁵⁹.

Como se nota, esses institutos começam a ganhar corpo no ordenamento jurídico brasileiro sob diversas premissas, entre elas a de aumentar a eficácia no combate ao crime, reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal, acabar com a impunidade no Brasil, garantir o rigor da lei para punir, combater a impunidade, diminuir o custo do Estado e acelerar a prestação jurisdicional⁶⁰. Argumentos duvidosos diante da realidade imposta pelo marco constitucional democrático, que afasta o uso do Direito Penal como meio de defesa social. Isso foi denunciado por Alessandro Baratta⁶¹, ao constatar que essa escola nasceu com a revolução burguesa e fundou a criminologia clássica, mantendo-se como escora à criminologia positiva. Essa, mediante um conjunto de princípios, justificava a intervenção

⁵⁹ BRITO, Michelle B. **Delação premiada e decisão judicial: da eficácia à integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 73-74.

⁶⁰ Em fevereiro de 2019, o Ministério da Justiça do Governo Federal, liderado pelo Ministro Sérgio Moro, escolhido para o cargo pelo presidente Jair Bolsonaro, apresentou bloco de propostas de leis, denominando-o de “Pacote Anticrime”, fazendo constar como razões para a apresentação dos referidos projetos, o interesse do governo por “rever a nossa legislação e torná-la mais forte para acabar com a impunidade no Brasil” e. Os “considerandos” do “Pacote Anticrime” podem ser encontrados no site <https://www.justica.gov.br/pacoteanticrime/conheca.html>, criado pelo Ministério da Justiça apenas para divulgar e defender as alterações legislativas previstas no referido “pacote”. Acesso em 07 out. 2019

⁶¹ Eis o conjunto de princípios: (i) Princípio do bem e do mal – há um controle da criminalidade (mal) em defesa da sociedade (bem). O delito é um dano para a sociedade e o delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social; (ii) Princípio de culpabilidade – o fato punível é expressão de uma atitude interior reprovável, porque seu autor atua conscientemente contra valores e normas que existem na sociedade previamente à sua sanção pelo legislador; (iii) Princípio de legitimidade – o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos. Isto se leva a cabo através das instâncias oficiais de controle do delito (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciária). Todas elas representam a legítima reação da sociedade, dirigida tanto ao rechaço e condenação do comportamento individual desviante como à reafirmação dos valores e normas sociais; (iv) Princípio de igualdade – o Direito Penal é igual para todos. A reação penal se aplica de igual maneira a todos os autores de delitos. A criminalidade significa a violação do Direito Penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviada; (v) Princípio do interesse social e do delito natural – no centro mesmo das leis penais dos Estados civilizados se encontra a ofensa a interesses fundamentais para a existência de toda a sociedade (delitos naturais). Os interesses que o Direito Penal protege são interesses comuns a todos os cidadãos. Somente uma pequena parte dos fatos puníveis representa violações de determinados ordenamentos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais); e (vi) Princípio do fim ou da prevenção – a pena não tem (ou não tem unicamente) a função de retribuir o delito, mas de preveni-lo. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contra motivação ao comportamento criminal, isto é, intimidá-lo (prevenção geral negativa). (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 42-43.)

penal como resultado da ilusão de que se caminhava para uma sociedade sem criminalidade, onde os não criminosos têm “medo” das penas e seriam ressocializados⁶².

Diante das manipulações e permanências punitivistas, é preciso ter cuidado para que na mesma zona desviante não caminhem a justiça negocial e as novas formas de resolução de antigos e complexos problemas, como é o crime. Assim, deve-se ter o máximo de cuidado e atenção quando da apresentação de propostas como a desta pesquisa, para que o sentimento retributivo utilitarista não absorva a intenção minimalista da margem de onde se fala, transformando a ideia de contrair o sistema penal, aqui defendida, em mais um instituto ampliativo.

Recente exemplo desse alargamento é o acordo de não persecução, incluído no artigo 28-A do Código de Processo Penal por meio da Lei 13.964/2019⁶³. O dispositivo autoriza o membro do Ministério Público, nos crimes sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, a não oferecer denúncia em troca de um acordo. A previsão merece atenção pela sua imersão em uma cultura punitivista e pelo risco de desvirtuamento evidente, diante das resistências denunciadas e presentes em todas as esferas de atuação do sistema de justiça criminal. Não é possível concretizar as linhas democráticas previstas pela Constituição Federal de 1988 sem sua necessária refundação global e profunda, devendo manter a atenção vigilante na possibilidade de troca de sinais do avanço esperado pela mudança.

A possibilidade de não persecução penal pode ser um avanço se ambientada em vigas democráticas, pois pode dinamizar e diminuir as mazelas do tradicional e longo processo penal, já que mais abreviado. Porém, este acordo só pode ser celebrado quando houver elementos para a denúncia, como dispõe a própria cabeça do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Em casos de arquivamento de inquérito policial, por exemplo, a primeira providência do Ministério Público não pode ser notificar o cidadão propondo o referido negócio.

Parece que a ordem imposta pela lei é o prévio exame dos elementos colhidos e a análise do cabimento da acusação e, presentes os elementos mínimos para a denúncia, oferecer o acordo, não sendo ele proposto em substituição ao arquivamento, portanto.

⁶² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 43.

⁶³ Esse acordo já estava sendo oferecido pelo Ministério Público com base na resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, passando a ser previsto na legislação pátria a partir do advento da citada lei. Registre-se a existência de Ação Declaratórias de Inconstitucionalidade contra o expediente, como a de número 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e a 5793, manejada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

A mesma preocupação deve se ter em relação à mediação penal proposta nesta tese, que precisa ser utilizada de modo seletivo, exigindo a prévia análise criteriosa do caso, dando preferência a resoluções consensuais e pessoais antes de transferir os casos para soluções estatais⁶⁴, dando, enfim, significado prático ao minimalismo.

A recepção de institutos antipersecução só pode ser incorporada a partir de um projeto de processo penal acusatório e não seu pseudo, devendo se entender o que este sistema impõe, sendo urgente a assunção das bases democráticas impostas pela Constituição Federal de 1988 e pelos tratados internacionais que o Brasil ratificou, como se passa a ponderar.

2.2. A SITUAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA E A URGÊNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.

Partido, assim, da ambiência minimalista, o processo penal deve seguir a lógica e parâmetros acusatórios, como delineado pela ordem constitucional e internacional vigente, que adota uma política criminal redutora de danos.

Ao analisar a história da legislação brasileira, nota-se que o interesse dos destinatários da regulação pouco ou nada foi observado, já que desde a “descoberta”, uma minoria lusitana impôs suas ordenações (Manuelinas, Afonsinas e posteriormente Filipinas) a uma maioria composta de índios docilmente dominados e negros tratados como ferramentas de trabalho não passíveis de salvação⁶⁵. A legislação voltou-se mais a explorar as riquezas da colônia do que a harmonizar a vida em sociedade, pois não havia a intenção de instituir, nesse lado do globo, um novo Portugal, como ressalta Calmon de Passos⁶⁶.

A não incorporação do sistema acusatório pelo Brasil afirma o hábito de regular a sociedade prescindindo de sua participação e sem considerar seus reais interesses, mantendo-se a praxe de empurrar leis de alto para baixo, “goela adentro”⁶⁷.

Assim, a ordem jurídica brasileira jamais teve a cara do Brasil, pois conformada, segundo Calmon de Passos, via importação, para coibir o verdadeiro rosto com a máscara da civilização vinda de fora⁶⁸ e atender interesses da classe dominante⁶⁹.

⁶⁴ O próximo capítulo desta pesquisa destina-se ao aprofundamento da mediação penal ora anunciada pela necessidade exigida pela redação e atualização legislativa.

⁶⁵ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 44.

⁶⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, ps. 187-188.

⁶⁷ Idem, p. 188.

⁶⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 189

É preciso registrar as ausências.

O silêncio brasileiro, ou melhor, latino-americano, em relação à construção de uma teoria criminológica é eloquente, como Lola Aniyar de Castro⁷⁰ e Rosa del Olmo⁷¹ registraram. Esse hiato diz muito sobre a inexistência de uma postura reflexiva e consciente sobre os problemas criminais locais, pois um processo penal democrático, acusatório, não pode existir fora de uma política criminal minimalista, ambientando as mudanças profundas e capilarizadas propostas não só no processo, mas também no Direito Penal material, bem como na postura dos atores do sistema de justiça criminal e demais agências de controle.

Assim, estudar e absorver novas formas de responder aos problemas denominados como criminais é possível e urgente, inclusive como atendimento à demanda local, que precisa incorporar métodos próprios e inovadores de responder aos conflitos.

A discussão sobre esse modelo eleito pelo Brasil não se refere ao campo teórico, que é claro do ponto de vista programático. Diante dos dispositivos da Constituição Federal e dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, entre outros⁷², conclui-se que o sistema eleito é o acusatório. Porém nomear algo não significa que aquilo é o que diz ser.

Nesse contexto, as formas não judiciais de responder aos conflitos rotulados como criminosos se adequam ao sistema penal acusatório. Seguindo a política criminal minimalista, ele admite soluções horizontais, deixando para o Judiciário casos mais graves, que não possam ser solucionados por meio das saídas negociais. Essa conclusão não é possível no sistema inquisitório, que entende que formas diversas de gerir a conflitualidade não são possíveis.

Mas se a opção é minimalista, a intervenção processual também assim deve ser, admitindo ferramentas que permitam aos cidadãos o protagonismo na gestão dos seus conflitos também na seara penal.

Por isso, faz-se necessário ultrapassar as soluções simplistas e mantenedoras de uma política criminal racialmente seletiva, como aumentar a pena dos delitos e criar tipos penais, propondo medidas complexas para o conflito social. Afinal, ele não é novidade, pois desde a

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 4 ed., Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 15.

⁷⁰ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: ICC, 2005, p. 106.

⁷¹ OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: ICC, 2004, p. 157 e ss.

⁷² A exemplo das Regras de Tóquio que, integrando a Resolução nº 45/110, cria Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade com o objetivo de incentivar a adoção, pelos Estados-membros, de meios mais eficazes que o cárcere para prevenir a criminalidade e melhorar o tratamento dos encarcerados e, ainda, do Estatuto de Roma que institui o Tribunal Penal Internacional (Decerto Legislativo 112 de 2002) submetendo o Brasil à jurisdição internacional.

elaboração de Émile Durkheim sobre a naturalidade do crime como fato social e do criminoso como um ser sociável, sendo um agente regular da vida social⁷³, decantou-se a separação simplista entre bem e mal.

Ocorre que as regras constitucionais afetas ao Direito e Processo Penal foram ignoradas. Com o advento do fim da ditadura e da ascensão da democracia, o Brasil precisava adotar o sistema acusatório, realizando mudanças globais na justiça penal. Isso possibilitaria que as instituições revisassem seus desempenhos e suas práticas, alterando, assim, a cultura burocrática, vertical, dolorida, custosa e seletiva de solucionar conflitos⁷⁴.

Isso porque a saída da ditadura militar, vivida entre 1964 e 1985, exigia a refundação do país e das suas instituições, começando pela elaboração de um marco democrático institucionalizado por meio da Constituição Federal de 1988 (e reforçado pelos tratados internacionais), que já no seu preâmbulo destaca a liberdade como bem maior da nação, enfatizando a sua manutenção e importância no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, elegendo o valor da dignidade da pessoa humana como essencial, dando-lhe unidade e sistema⁷⁵.

Assim, a partir do advento da Constituição de 1988, a ideia formalista e preconceituosa de Direito deveria ser superada, especialmente diante das necessidades apresentadas pelo segundo pós-guerra e as construções propostas pelo Neoconstitucionalismo. Passou-se a exigir das leis a sua conformidade com valores éticos, especialmente diante das atrocidades cometidas em uma dita observância às leis vigentes⁷⁶.

⁷³ DURKHEIM, Émile, **As regras do método sociológico**. 13.ed. São Paulo: Nacional, 1987 [1895], p. 73.

⁷⁴ Essas alterações que concretizarão as promessas da democracia não são simples, nem poucas, muito menos de fácil aceitação, já que implicam em mudanças culturais abruptas (envolvendo a inclusão da vítima e, conseqüentemente, de toda a sociedade na resposta ao delito), bem como na mudança da forma como administrar os cartórios, de ensinar das faculdade e na postura dos aplicadores do Direito. (BINDER, Alberto. *El Juez Em Los Procesos Penales Regormados. Estudios Sobre El Nuevo Proceso Penale*. Asociación de Magistrados Del Uruguay. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2017, p. 67.) Mas começar a traçar os novos caminhos é tarefa dos pesquisadores. Alguém precisa ocupar esses espaços e iniciar os debates para a efetiva implementação das pretensões democráticas.

⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

⁷⁶ Em tempos de ativismos pautados em argumentos não jurídicos, que falseiam as bases do sistema judicial conforme o momento e uma suposta vontade popular (por exemplo, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43, o ministro Luís Roberto Barroso argumentou que o interesse da sociedade deve prevalecer, ao se manifestar sobre a possibilidade de prisão a partir da confirmação da condenação em segundo grau), é fundamental trazer Dimitri Dimoulis (A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 102, 2011, p. 215-254. Disponível em <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/issue/view/12> Acesso em 20 dez. 2019). Ele pondera a tomada de uma decisão pelo Poder Judiciário estabelecendo cinco critérios para a tarefa: “Do ponto de vista da técnica decisória, as decisões do Poder Judiciário devem ser examinadas e avaliadas em sua consistência e imparcialidade. Encontramos aqui a problemática de elaboração de critérios que nos permitem avaliar o ‘desempenho argumentativo’ do Judiciário. Sugerimos a utilização dos seguintes cinco critérios: a) Competência. O Poder Judiciário possui a competência para realizar certa forma de controle ou intervenção? Para responder é

Essa opção não é despropositada e precisava ser incorporada de modo a refundar o sistema de justiça criminal, que parece ter ficado imune às imposições decorrentes do novo marco legislativo. A mudança de comportamento exigida pelo novo modelo não foi implementada, mantendo-se a mentalidade do passado, fazendo com que as programações democráticas e seus institutos correlatos fossem desviados, para se manter o autoritarismo de sempre em matéria de punição por meio do sistema penal.

Apesar da nova ordem e da imposição de uma ruptura não incorporada, questiona-se o mecanismo utilizado para justificar essa façanha. Gloeckner⁷⁷ responde a essa pergunta, ao demonstrar que as estruturas autoritárias do processo penal são ressignificadas para serem mantidas graças a concepção instrumental do processo.

2.2.1. Autoritarismo seletivo.

Ao alertar que a premissa da instrumentalidade do processo mantém uma ideologia condizente com o pensamento autoritário, Gloeckner⁷⁸ chama a atenção para a incompatibilidade dessa premissa com o sistema programado pela Constituição de 1988. Ao expor a necessidade não só de separar a função de julgar da tarefa de acusar, mas manter o juiz passivo, especialmente no que toca a produção probatória, o autor demonstra as frustrações legais e comportamentais do projeto constitucional, já que o Código de Processo Penal vigente, mesmo alterado em 2008, mantém o protagonismo judicial, entre outras idiossincrasias.

É essencial romper com a subordinação do processo como mero caminho para a aplicação da lei material, dando a musculatura constitucional necessária a este ramo do

necessário examinar tanto as normas que estabelecem a competência formal para certa decisão como os elementos normativos que indicam sob quais condições o Judiciário pode contrariar atos e omissões dos demais poderes. b) Utilização das fontes. A decisão cita a doutrina e a jurisprudência de maneira completa e ponderada ou limita-se a invocar elementos que corroboram sua tese, silenciando posicionamentos contrários? c) Interpretação sistemática. A decisão interpreta o direito em vigor de maneira sistemática ou limita-se a indicar normas que favorecem certo posicionamento, ignorando outras? d) Qualidade da subsunção. A consequência jurídica foi deduzida com rigor lógico de certa premissa ou trata-se de falsa subsunção? Como dissemos, o segundo ocorre frequentemente quando se deduz uma consequência concreta de uma norma principiológica ou de uma ponderação que permite alegar a prevalência de certo princípio de maneira não fundamentada. Sabe-se que da premissa que os homens são mortais não podemos deduzir a data de falecimento de cada um. Da mesma maneira, a premissa que a Constituição garante o direito à saúde não permite deduzir com rigor substantivo que certo paciente tem direito a certo tratamento. e) Qualidade das provas. As afirmações da decisão que invocam fatos ou tendências foram comprovadas de maneira satisfatória ou permanecem retóricas? Quando uma decisão afirma, por exemplo, que a legislação sobre entorpecentes protege a saúde pública e isso justifica a punição de produtores e vendedores de tais drogas, os julgadores devem apresentar comprovação empírica do nexos adequado e necessário entre a punição criminal e a tutela da saúde pública e não privar um cidadão de sua liberdade com base em suposições sem fundamento empírico.”

⁷⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1**, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

⁷⁸ Idem, p. 614-615.

Direito, como segue alertando Gloeckner⁷⁹ ao evidenciar a orientação da verdade no processo de cunho autoritário e de índole instrumental.

Exemplo dessa postura é a lei 13.964/2019 e sua esquizofrenia sistêmica, pois ao mesmo tempo em que prevê o juiz das garantias (incluindo no Código de Processo Penal os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F), aumenta o tempo máximo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos (alterando o Código Penal no seu artigo 75). Também admite a apelação sem efeito suspensivo contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão (alteração do Código de Processo Penal, cujo artigo 492 passa a incluir o § 4º nesses termos).

De tentativas de avanços e retrocessos consumados, segue-se deixando de assumir a responsabilidade e a imposição pela adoção do sistema acusatório e suas caras, significativas, abruptas e complexas alterações. O problema não é só a convivência de sistemas contrários, mas a manipulação que a prática autoritária segue absorvendo, desnaturando as investidas democráticas, quase sempre fracassadas.

A efetivação do sistema acusatório demanda mudanças em diversos espaços e níveis, a começar pelo abandono da instrumentalidade, pois sua adoção traz inúmeros problemas⁸⁰, sendo impossível a sua presença em regimes políticos diversos (como autoritário e democrático ao mesmo tempo), além de arrastar consigo outras categorias não condizentes com um processo penal democrático, mascarando o necessário rompimento político a partir de 1988, como salienta Gloeckner⁸¹.

Não se pode ser ingênuo e acreditar que é a inclusão de um sistema multiportas de resolução de conflitos que concretizará as programações democráticas acusatórias. Mas com certeza a implementação da mediação só é possível dentro de um sistema verdadeiramente acusatório, imerso em uma política criminal minimalista, correspondente com um processo penal limitador.

Nesse sentido, sabe-se que a necessidade de alteração é plural, vez que as mudanças são inúmeras, mas a precedente e mais importante é a mentalidade política com que se lê e, principalmente, como se escreve o processo penal. Até porque a força mais eficiente do sistema penal não é a imposição da pena, como alerta Zaffaroni⁸². O papel mais importante do

⁷⁹ Ibidem, p. 534.

⁸⁰ Muitos são os exemplos, registrando aqui apenas o rebaixamento do *standard* probatório em processos que apuraram crimes de colarinho branco quando a prova é difícil de ser obtida, um deles apenas para ilustrar

⁸¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro** v. 1, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 535.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas – A Perda de Legitimidade do Sistema Penal**. 5ª ed., Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 84.

poder é positivo, configurador, visando gerir a vida dos mais vulneráveis, dos criminalizados. Esse método é eficaz, pois, seguindo as linhas do quanto defendido por Flauzina, a população negra internalizou o processo de subalternidade, assumindo a inferioridade como parte da constituição do seu caráter⁸³.

A adoção do sistema acusatório como único adequado ao projeto democrático vai além da técnica, vez que exige uma postura inédita do ponto de vista político, sendo este o primeiro nível de mudança que se faz essencial na tarefa de refundar o processo penal⁸⁴.

O caminho necessário para essas alterações não admite ordem oposta, pois primeiro se definem as opções políticas do processo para, a partir daí, se elaborar leis no sentido de concretizar o paradigma democrático: o acusatório. Por essa razão, o uso do termo “esquizofrênico” para qualificar a lei 13.964/2019, que chega por meio de um pacote denominado “anticrime”, prevendo figuras de sistemas incompatíveis, como já anotado.

A incorporação do sistema multiportas exige a assunção do processo acusatório, centrado em uma política criminal republicana – logo, minimalista e igualitária, usando o processo penal como dique de contenção, como insiste Zaffaroni⁸⁵. A horizontalização do sistema retira dele as categorias nefastas que o prendem ao autoritarismo seletivo, pois o propósito criminalizante utilizava (e segue utilizando) um modelo de sistema processual alinhado a uma opção política em franco atendimento à parcela dominante da população.

Adotar o sistema acusatório é responder a uma pergunta primordial: para que serve o processo penal? Essa não é uma tarefa fácil, mas fundamental na ânsia democrática de concretização do projeto constitucional acusatório pendente de implementação.

Entender esse pressuposto é essencial para que, a partir dessa concepção da finalidade da intervenção estatal, o novo seja fundado em conformidade sistêmica com o programa traçado pela ordem posta. A promulgação da Constituição Federal deveria ter criado a

⁸³ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 50.

⁸⁴ Pelo uso adequado do termo, vide CHOUCK, Fauzi Hassan. **Permanências inquisitivas e refundação do processo penal**: a gestão administrativa da persecução penal. 2017. Disponível em: <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/459379929/permanencias-inquisitivas-e-refundacao-do-processo-penal>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

⁸⁵ A autora, na obra citada (**Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006), vai costurando os fatos desta o Brasil colônia até os tempos atuais, passando pela permanência racista no Império e na República, construindo uma argumentação fértil ao constatar que o racismo serviu e serve de base a um sistema penal seletivo e genocida da população negra. No mesmo sentido, Thula Pires e sua visão americana dos direitos humanos como única lente possível para sua verdadeira incorporação estatal.

obrigação de conter o poder estatal, respeitar os direitos básicos do cidadão e repensar o novo modelo de sociedade, abandonar o objetivo não republicano da ordenação penal de outrora⁸⁶.

A mentalidade da Constituição de 1937, que previa em seu preâmbulo a afirmação “ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente”, pode ser notada no vigente Código de Processo Penal de 1941. Ele mantém o tronco inquisidor que forjou e ainda molda uma tradição na cultura jurídica, não sendo apenas uma localização temporal e geográfica.

Esse ambiente plasmado na legislação compilada no início da década de 1940 – já que a Constituição anterior, de 1891, possibilitou que os Estados membros legislassem sobre processo penal⁸⁷ – atendia a um estado de medo, conforme anunciado na própria introdução do texto constitucional de 1937⁸⁸.

Essa opção foi reforçada pelos membros que compuseram a comissão de reforma, como se lê no início da exposição de motivos do vigente Código de Processo Penal, grafada pelo então Ministro de Justiça, Francisco Campos. Ele salienta a necessidade de ajustar a legislação para dar maior eficiência e energia à ação repressiva do Estado contra os que delinquirem, pois acreditava que as (à época) vigentes leis de processo penal asseguravam aos réus um extenso catálogo de favores⁸⁹.

Localizar historicamente a produção legislativa ainda vigente é essencial para defender a mudança global de organização e prática da justiça criminal, pois, conforme pondera Binder, realizar essa tarefa não é apenas relatar um fato histórico, mas sim entender uma tradição, que

⁸⁶ O projeto de base racista precisa ruir, dando lugar a um sistema de justiça penal minimalista e pautada em bases igualitárias, sendo imperioso reconhecer essas premissas que arquitetam ainda hoje o modelo seletivo e violento deste braço estatal como denunciou Flauzina na sua já referida dissertação de mestrado (2006).

⁸⁷ A Constituição de 1891 possibilitou aos Estados membros legislassem em matéria de processo ao dispor, em seu artigo 34, § 23, entre as atribuições do Congresso, a de “legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal” (Constituição, 1891), abrindo-se assim, por exclusão, a legislação estadual.

⁸⁸ Ressalte-se, ainda, que o então Ministro da Justiça, Francisco Campos, foi influenciado pelo regime fascista italiano, conforme se lê na exposição de motivos do vigente Código de Processo Penal de 1941, com seu espírito autoritário.

⁸⁹ Vale a pena a transcrição de um trecho maior da exposição de motivos para demonstrar a finalidade da norma: “o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquirem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código”.

impôs uma cultura que enraizou um conjunto de práticas, nem sempre consciente, por parte dos executores que se organizam, pensam e agem moldados por essa compreensão de mundo⁹⁰.

De novo é preciso constatar que, mais do que punir, o Direito Penal tem um atuar positivo, vigilante, como já salientado por Zaffaroni, dando atenção a um grupo selecionado de criminalizáveis como pontuado por Ana Flauzina e salientando linhas atrás. Mas essa constatação não pode servir de muleta para a inação própria de quem espera que um caminho se instale e nada de novo se produza no sentido de, enfim, realizar as promessas republicanas⁹¹.

A nova ordem democrática imposta pela Constituição Federal de 1988 determina uma inédita finalidade ao processo penal e a toda estrutura de justiça criminal em que esse ramo está inserido, consagrando-o principalmente como limitador do poder punitivo do Estado. Isso implica em mudanças capilarizadas e profundas, devendo se entender a nova perspectiva política para, a partir dela, se implementar as alterações.

Essa metamorfose, portanto, decorre da adoção de um projeto de Estado, sendo obrigatórias as consequentes alterações legislativas, de gestão e de cultura, para que se concretize o programa democrático eleito. Uma nova ordem constitucional, diametralmente oposta à anterior, demanda um modelo inédito de atuação de todos os atores jurídicos, o que exige rupturas gerais, sendo mesmo necessária a refundação do sistema processual e as consequências que essa nova ordem impõe⁹².

Porém, como salienta Gloeckner^{93 94}, o que houve após 1988 foi a ressignificação de velhas categorias processuais penais para manter a instrumentalidade correspondente ao pensamento anterior que inunda o sistema. O que o autor chama de “lógica de

⁹⁰ BINDER, Alberto. El Juez Em Los Procesos Penales Regormados. **Estudios Sobre El Nuevo Proceso Penale**. Asociación de Magistrados Del Uruguay. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2017, p. 36.

⁹¹ Idem, p. 37.

⁹² Choukr defende que uma reforma não se faz suficiente, sendo mesmo essencial a refundação do processo penal brasileiro, dando a citada mudança a profundidade e quebra de paradigma necessárias. **(Há, de fato, um novo processo penal a caminho? Primeiras linhas sobre o PL 8045/2010 (PLS 165/09))**. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/ha-de-fato-um-novo-processo-penal-a-caminho-primeiras-linhas-sobre-o-pl-8045-2010-pls-165-09-por-fauzi-hassan-choukr> Acesso em 13 jan. 2020.)

⁹³ GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1**, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 624.

⁹⁴ Exemplo disso é a flexibilização da exigência de desinteresse na prova testemunhal quando do julgamento do crime de tráfico de drogas comprovado por meio do depoimento de policiais que participaram do flagrante. Estudos mostram que em mais de 70% dos casos a condenação se baseia nesta única prova. Assim demonstrou a pesquisa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, relatório disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/palavra-policiais-foi-unica-prova-54.pdf> Acesso em 20 dez 2019, bem como mostrou a pesquisa realizada por Luis Carlos Valois quando da elaboração da tese de doutoramento convertida no livro **O direito penal da guerra às drogas**, 3. Ed., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

excepcionalização” marcou profundamente o abismo entre os direitos e garantias estabelecidos pela Constituição Federal e os procedimentos que lhe davam aplicabilidade, ou seja: as exceções ao cumprimento das regras são tantas, que obedecer a um direito fundamental acaba virando a exceção.

Essa opção pela instrumentalidade se pauta na aparência de neutralidade suposta pelo tecnicismo. Esse método, eleito para a aplicação do processo penal, também foi herdado da cultura jurídica italiana. Ele aparta outros saberes do jurídico, defendendo a impermeabilização do jurídico por outras ciências, supondo uma falsa vinculação política. Gloeckner⁹⁵ salienta que essa estratégia abafa questões jusfilosóficas e históricas essenciais para entender o modo de aplicação da legislação penal, além de ser altamente perspicaz e adequada ao autoritarismo.

Nota-se que a incorporação do tecnicismo, sob o argumento de ruptura com o positivismo, foi uma falácia, como demonstra o autor ao abordar a conferência de Rocco, em 1910, na Itália, sobre o problema e o método da ciência do Direito Penal⁹⁶.

A ideia de Rocco⁹⁷ de que o jurista deveria evitar a intromissão do saber sociológico, filosófico, político e antropológico, em nome da pureza da ciência jurídica, atendendo, assim, a sua técnica particular, não tem nada de neutro. Essa orientação, capturada posteriormente pelos países periféricos, a exemplo do Brasil, foi capaz de oferecer ao fascismo (na Itália onde Rocco viveu) um direito facilmente sequestrável pelo novo regime político, além de produzir muitos juristas alienados no que toca os problemas políticos do Direito e do processo⁹⁸.

Sobre o tecnicismo, Ricardo Gloeckner segue alertando que, apesar da importância de Rocco, foram os pensamentos de Manzini os mais representativos na contribuição para a elaboração do Código de Processo Penal italiano – que influenciou⁹⁹ definitivamente o brasileiro. Apesar de menos famosa do que a de Rocco, foi a conferência de Manzini que marcou os caminhos do tecnicismo jurídico, no mesmo ano de 1910, mas dez meses depois¹⁰⁰.

⁹⁵ GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1**, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 220

⁹⁶ Em matéria de processo, o Brasil é fortemente influenciado pela matriz Italiana, adiante-se.

⁹⁷ Idem, p. 221.

⁹⁸ Ibidem, p. 224.

⁹⁹ “Inspirou” é eufemismo. Para Coutinho, o Código de Processo Penal brasileiro é uma cópia mal feita da legislação italiana. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.)

¹⁰⁰ GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1**, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 226.

Sobre o perigo do alheamento dos profissionais que estudam o Direito em relação aos outros saberes, Alberto Binder alerta a todos¹⁰¹ sobre o perigo de equiparar-se ao afiador de guilhotina que se enamora com o brilho da madeira, com o peso exato da alavanca mortal e com os ajustes dos mecanismos, se esquecendo que alguém irá perder a cabeça¹⁰².

A responsabilidade de Manzini é demonstrada por Ricardo Gloeckner ao esclarecer o pensamento do italiano, que defendia o uso extremado do Direito Penal como forma de controle imediato da criminalidade, incluindo no seu programa pena de morte, aumento das sanções e uso de arma pelos cidadãos. Isso porque entendia que a política criminal até então existente era demasiada branda, pois se inspirava em gente de índole benevolente, não sendo essa a realidade dos malfeitores, que, para o veneziano, eram gente abjeta, inculta e pobre.

Afirmava ainda que, à forma de legislar da época, se acrescentava uma dose de “sentimentalismo afeminado” em benefício dos piores membros da sociedade, partindo de uma valoração igualitária e cega das coisas conhecidas como direitos da personalidade individual¹⁰³.

E com essas construções subjetivas, preconceituosas e indefinidas, dividindo a sociedade entre homens honestos e malfeitores, Vincenzo Manzini demarca uma política criminal supostamente neutra, alheia ao que o governo fazia, defendendo o tecnicismo para tornar o Direito impenetrável pelas essenciais contribuições das demais ciências como a política, a história, a sociologia e a antropologia.

A fim de dar concretude ao projeto de um Direito Penal máximo, o tecnicismo centrou o processo penal como instrumento de realização do direito material, acolhendo, por exemplo, a teoria da ação penal como pretensão jurídica, obrigando o Ministério Público a deflagrá-la e proibindo a desistência.

Entender a incorporação dessas categorias italianas é essencial para propor mudanças e pensar soluções democráticas para um processo penal brasileiro que incorporou princípios de uma legislação supostamente neutra, pois pregava a separação do Direito da política. Essa afirmação é uma estratégia política, como aduz Ricardo Gloeckner¹⁰⁴.

¹⁰¹ especialmente aos jovens estudantes de Direito.

¹⁰² BINDER Alberto. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 17.

¹⁰³ MANZINI, Vincenzo. La Política Criminale e il Problema della Lotta Contro la Delinquenza e la Malavita. In *Rivista Penale*. n. 73. v. XXXVII, 1911. p. 08. *apud* GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1**, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 228.

¹⁰⁴ GLOECKNER. Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1**, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 239.

Esse comportamento inquisitorial que escamoteia o projeto democrático constitucional perpassa pela manutenção do Código de Processo Penal de 1941, e suas reformas pontuais propositais, pois alterações profundas importariam em mudanças reais. Ademais, a mentalidade autoritária é percebida por meio da linguagem e dos abusos, elementos que dão unidade a uma cultura de sistema penal, especialmente de processo penal, retributivo e inquisidor^{105 106}.

Para tanto, parte-se da pretensa neutralidade e universalidade dos critérios de aplicação do direito, deixando em segundo plano a essencialidade da genética da decisão de o que punir, como punir e quem punir, sombreando a apropriação dessa agenda de forma hierarquizada e violenta para grupos sociais minorizados e alijados dos bens materiais e simbólicos para o bem viver, como esclarece Thula Pires¹⁰⁷ ao tratar da pauta dos direitos humanos.

O alerta da autora é pertinente ao debate aqui estabelecido, já que a confiabilidade decorrente do discurso de universalidade e neutralidade, presentes na dinâmica do direito material e processual penal, esconde a desigualdade que guia toda sua produção e aplicação, legitimando uma realidade seletiva.

¹⁰⁵ Elucidando o comportamento autoritário inerente à mentalidade não acusatória, cite-se, por exemplo, uma decisão proferida pelo juízo de Xique Xique, Bahia, em 2015, por meio da qual se decretou a prisão preventiva de um réu por meio de um formulário preenchido com um “x”, desatendendo, portanto, o princípio da motivação da decisão e escamoteando a necessária demonstração dos fatos que ensejariam a medida (pretensamente) excepcional. Sobre isso comentou Lênio Streck (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-26/senso-incomum-juiz-decretou-prisao-marcando-sentenca-ou-quiz-show> Acesso em 09 out. 2019), defendendo as limitações inerentes ao regime democrático instituído pela Constituição. Acrescentou que o dever de fundamentação é um direito humano fundamental, chamando atenção que aqui virou mercadoria de quiz show. Importante ressaltar, ainda, que no mesmo Estado da Bahia, agora na cidade de Barreiras, há juízes que entenderam a mentalidade acusatória e, imersos em um mar antidemocrático, ao invés de resistirem, submetem-se, resignados. Nota-se esse cansaço ao se constatar a decisão do magistrado que denuncia condutas abusivas da polícia aceitas pelo Ministério Público, mas submete-se e homologa o flagrante decorrente dos abusos. É de novo Streck quem comenta postura do magistrado (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/senso-incomum-denuncia-juiz-barreiras-dor-dalma-felipe-santa-cruz> Acesso em 09 out. 2019), ao afirmar que o juiz “Criticou os “superpoderes” da Polícia, criticou a complacência de um Ministério Público com o punitivismo autoritário em Barreiras... mas, por ter cansado de ser a ‘voz única’ remando ‘contra a maré’ ... homologou as aludidas ilegalidades”. Ou seja: a Polícia fez o que não podia, o MP fez o que não podia, o juiz não pode ser considerado mero burocrata que homologa os erros do MP e da Polícia. O juiz sabe disso, e o que ele faz? Age como um burocrata que homologa os erros do MP e da Polícia.

¹⁰⁶ Sobre a linguagem e postura dos aplicadores do Direito, Binder salienta a necessidade de atualizar o pensamento e o isolamento, às vezes petulante, do sistema judicial com a sociedade. Por isso ele defende o sistema por audiências orais e públicas, bem como no modo como se escrevem e se pronunciam as sentenças. (BINDER, Alberto. El Juez Em Los Procesos Penales Regormados. **Estudios Sobre El Nuevo Proceso Penale**. Asociación de Magistrados Del Uruguay. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2017, p. 65.)

¹⁰⁷ PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos** / Associação Direitos Humanos em Rede – v. 15 n. 28 São Paulo Dez. 2018, p. 67. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/sur-28.pdf Acesso em 05 mar. 2020.

Assim, o processo serve primordialmente para impedir o arbítrio desmedido da coerção penal, marcando o atuar estatal como um ponto de ebulição, mais do que um ponto de equilíbrio¹⁰⁸.

Ao considerar a necessidade de assumir que o conjunto de dispositivos penais e processuais penais foi desenvolvido a partir de marcadores não democráticos e que a nova ordem exige a implosão dessa lógica sem dele prescindir, tornar-se fundamental dar-lhe novos contornos, admitindo a sua manutenção, utilizando-o de modo mínimo e a partir de critérios republicanos.

2.2.2. Urgência de mudança de mentalidade: implementação do sistema acusatório.

O rompimento com o modelo inquisitorial enfrenta barreiras de diversas ordens, entre elas, a ausência de vontade dos magistrados de desocuparem a zona de conforto em que se encontram, sabendo ou não que fazem parte de uma ideologia ancorada na defesa social por meio de um processo penal instrumental, decorrente da tradição inquisitorial em que ainda está imerso.

Exemplo concreto dessa resistência pode ser verificado no questionamento levado ao STF, em dezembro de 2019, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), tendo por objeto a implementação da figura do juiz das garantias¹⁰⁹, alegando que não há estrutura no Poder Judiciário para atender a previsão legal, nem aporte financeiro para a criação desse órgão. Questionavam, ainda, a celeridade da fase processual.

¹⁰⁸ As decisões do STF estão recheadas de (“boas”) intenções perigosas e não jurídicas, a exemplo da confusão que ainda se faz entre Direito e moral e a assunção de questões políticas em detrimento do Direito como se vê nos votos dos ministros que compõem a corte. Em 2020, a soltura do André do Rap, por meio do Habeas Corpus 186.334/SP, diante da evidente ilegalidade da sua prisão preventiva por ausência de revisão pelo Judiciário, como impõe o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (alterado pela Lei 13.964/2019), no prazo de 90 dias, é exemplo dessa confusão. Recorde-se que, em sede de liminar, o Ministro Marco Aurélio, acertadamente, concedeu a ordem e expediu alvará de soltura em favor do paciente, colocando-o em liberdade, frisando que não julga com base na capa dos autos. Aplicou, portanto, o Direito, já que a natureza da prisão do paciente era preventiva e precisa ser revista a cada 90 dias, sob pena de tornar-se ilegal. Esta é, aliás, a redação exata e clara do dispositivo regulador. Porém, o presidente da corte, Ministro Luiz Fux, cassou a decisão do seu colega de maneira questionável, pois não há hierarquia entre o presidente da corte e os demais componentes, nem previsão normativa autorizativa. Evocou em seus argumentos a possibilidade do cidadão “debochar” da Justiça como fundamento apto à manutenção da prisão de alguém. De outro lado, o Ministro Alexandre de Moraes sustentou que o dispositivo não deve ser utilizado para todos os crimes, nem para todos os processos, defendendo que em casos graves a prisão ilegal não deve ser revogada, ignorando-se, portanto, a ordem legal. Ou seja, notam-se as ginásticas interpretativas e malabarismos técnicos para manter o autoritarismo punitivo encarcerador.

¹⁰⁹ No mesmo sentido agiram dois partidos políticos, o Podemos e o Cidadania, que entraram no dia 28/12/2019 com uma ação similar à proposta pelas associações junto à Corte Suprema.

Atitudes como essa demonstram a resistência da classe em incorporar o sentimento acusatório concretizador de direitos fundamentais. O argumento da falta de recurso sempre é invocado em momentos como esse, como barreira de contenção ao avanço civilizatório, pois não se ouve lamentos econômicos quando, por exemplo, as mudanças são para estreitar as garantias dos criminalizados.

Para ilustrar a manipulação do discurso, note-se que não há discussão acalorada sobre os custos financeiros da ampliação do tempo máximo de cumprimento de pena, bem como da execução da pena confirmada em segundo grau¹¹⁰.

Mas há esperança. Sobre o mesmo texto legislativo que institui a figura do juiz das garantias – realidade já instalada, por exemplo, no Chile desde 2008¹¹¹ - a Associação Juizes para a Democracia (AJD) se manifestou defendendo a previsão em absoluto respeito ao sistema acusatório, com a consequente preservação da imparcialidade do magistrado que atuará na fase do contraditório, acrescentando, ainda, que a adoção do juiz das garantias representará um passo definitivo no abandono de um modelo de processo penal "autoritário e de práticas inquisitórias que nos distanciavam dos 19 países da América Latina que já adotaram o sistema".

Sobre as supostas dificuldades técnicas e operacionais, diz a nota, não devem ser admitidas como obstáculos para a concretização de "tão importante conquista da cidadania", até porque "os recursos tecnológicos já existentes permitem superar eventuais dificuldades de instalação e evitar custos adicionais", completou a associação¹¹².

Ou seja, é possível implementar o sistema acusatório. Para tanto, é preciso a assunção, ainda que tardia, da responsabilidade exigida pela Constituição Federal de 1988 e demais documentos instituidores das regras democráticas ainda pendentes de implementação.

Abandonar a ideia de poder investigar e acusar junto com o Ministério Público, colher a prova e gerir o processo de forma pessoal e maestral até causa estranhamento em muitos

¹¹⁰ Do mesmo modo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não fez estudo do impacto financeiro para aprovar, em setembro de 2020, regulamentação, pelos tribunais, do direito à compensação por assunção de acervo dos magistrados. Nesse sentido os conselheiros aderiram à recomendação do presidente do CNJ e do STF, ministro Dias Toffoli (à época), a favor da resolução pelo direito do magistrado à compensação pelo exercício cumulativo de atribuições. Autorização que, por certo, aumentará muito o custo com o pagamento dos proventos dos magistrados.

¹¹¹ Em 2016, esta pesquisadora participou de um curso na cidade de Santiago, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos das Américas (CEJAS). Junto com outros investigadores das ciências criminais, conheceu um sistema de justiça criminal acusatório, contando com o que eles chamam de processo adversarial. Nele, há na fase pré-processual um juiz específico para garantir aos presos e indiciados a plena observância dos direitos e garantias fundamentais. Em caso de oferecimento de acusação, outro é o órgão que cuidará da fase de instrução oral, não havendo papéis a serem folheados, já que tudo será produzido pela primeira vez e oralmente naquele momento.

¹¹² Nota disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/associacao-juizes-democracia-defende-juiz-garantias> Acesso em 30 dez. 2019.

membros do Poder Judiciário, mas as novas diretrizes são fundamentais para a implementação do programa democrático, redutor de espaços totalitários e uso instrumental do processo penal para atender à sanha punitivista de uma política criminal que ainda se pauta na defesa social já desbancada¹¹³.

A combatida figura do juiz das garantias é um desses institutos concretizadores do sistema acusatório, portanto adequado à democracia, não havendo razão para a resistência. Mas como o processo é encarado e sentido como um problema para muitos aplicadores do Direito, é compreensível que se trate dessa personagem como empecilho, já que, segundo essa mentalidade inquisitorial, nessa fase, sem esse cuidado democrático mínimo, pode-se extrair tudo do cidadão com mais facilidade, independente do custo e dos meios.

Mas para além da redução dos espaços de autoritarismo dentro do processo penal, é perfeitamente condizente com o projeto democrático o não uso da máquina penal ou o uso mínimo dela, pois outras formas de resolução de conflitos são necessárias até para garantir a qualidade do processo penal. Afinal esse processo, utilizado de forma restrita aos casos de maior relevância, pode transcorrer com mais qualidade, já que será aplicado a um menor número de casos.

Para questionar e apresentar uma nova roupagem no que se refere à forma de intervenção e resposta aos conflitos descritos como criminosos, necessário se faz expor as bases que o conformam atualmente. Antes, entretanto, é preciso pautar premissas básicas sobre o sistema que se pretende implementar.

A adoção do sistema acusatório implica em uma série de rupturas e consequentes desdobramentos, pois se trata de uma mudança complexa e capilarizada que repercute em diversos espaços, modificando não só a lei, mas a cultura dos atores do sistema, perpassando, obrigatoriamente, por reformas policial, ministerial, defensiva e judicial, além de administrativa e carcerária.

Mas o que quer dizer exatamente adotar o sistema processual penal acusatório?

Ferrajoli¹¹⁴, apesar de legitimar o sistema de justiça, responde a essa pergunta ao apresentar uma racionalidade democrática ao atuar estatal penal. Ao diferenciar jurisdição em sentido amplo de jurisdição em sentido estrito, o autor esclarece que a submissão à jurisdição é uma garantia outorgada aos cidadãos (*nula culpa* sem processo – *nulla culpa sine iudicio*).

¹¹³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal** Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 494.

Assim, ao discriminar jurisdição em sentido *lato* e em sentido estrito, o autor defende que a primeira é exigida em qualquer tipo de processo (inquisitório ou acusatório). Já a subordinação em sentido estrito supõe a forma acusatória de processo, com uma imputação lastreada em um conjunto probatório contraditado ou contraditável objetivamente, além da separação das tarefas entre os órgãos estatais. No modelo de jurisdição em sentido *lato*, segue Ferrajoli, aplica-se o sistema decisionista, enquanto na jurisdição em sentido estrito aplica-se o cognitivo. Neste último, o processo se desenvolve através da obtenção da verdade mínima (possível), observando-se os cânones de conhecimento, como a presunção de inocência, o ônus da prova a cargo da acusação e o contraditório mediante a refutação da acusação.

Já no sistema inquisitório, elege-se o processo decisionista, que busca uma verdade substancial perseguida a qualquer custo, ainda que por meio de valorações judiciais sem limites e argumentos não contestáveis. Ou seja, a decisão é tomada previamente – baseada, muitas vezes, em quem é o acusado. A partir daí, selecionam-se as provas que interessam à decisão já eleita como justa. Nesse sistema, o mesmo juiz que decreta medida de intromissão na etapa investigativa é quem julgará o caso penal. Essa aglutinação de funções afasta a imparcialidade necessária ao julgar democrático, além de privilegiar a atuação escrita em lugar do método oral de atuação das partes.

Ferrajoli salienta que a submissão à jurisdição nessa modalidade exige a observância de garantias que podem ser classificadas em orgânicas e procedimentais. As primeiras são relativas à formação do magistrado, enquanto órgão autônomo em relação aos outros poderes, bem como em relação às partes do processo (independente, imparcial, natural). Já as procedimentais definem o modelo cognitivo do juiz. Estão, portanto, relacionadas à coleta de prova e ao desenvolvimento da defesa, por exemplo.

No sistema decisionista, o que está em jogo é o caráter do réu, e não o fato crime. Por isso o advogado é um obstáculo ao bom andamento do processo¹¹⁵, que é um entrave por si mesmo¹¹⁶.

A jurisdição se legitima para garantir mecanismos que efetivem a imunidade do cidadão inocente, evitando a punição arbitrária, pois não se pode sancionar só porque isso

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 499.

¹¹⁶ Em 2015, dois juizes federais, Sérgio Moro e Antônio Cesar Bochenek, publicaram um texto no Estadão, defendendo exatamente o processo como um problema. Para os autores, existiria uma “demora excessiva do processo penal”, concluindo que “a melhor solução é a de atribuir à sentença condenatória, para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público, uma eficácia imediata, independente do cabimento de recursos”. Para eles então “o problema principal é óbvio e reside no processo”. Muitos criticaram a postura dos à época magistrados, já que Sérgio Moro assumiu o Ministério da Justiça em 2019, exonerando-se, portanto, do cargo de juiz. Streck, por exemplo, teceu suas críticas em artigo disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-02/senso-incomum-problema-processo-moro-reynaldo-azevedo-sabe-nao> Acesso 04 abr. 2020.

satisfaz a vontade ou o interesse da maioria, bem como sem um lastro seguro e testável de provas, observando a presunção de inocência e o sistema recursal nos termos definidos pela Constituição Federal. Ninguém pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão. Nenhum consenso pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória.

No mesmo sentido limitador, Ricardo Gloeckner¹¹⁷ chama atenção para a necessidade de superar o utilitarismo processual penal, já que a sua função não é garantir imediatamente a pena, mas servir como anteparo a uma punição injusta. Nessa toada, indispensável ressaltar as funções do Direito Penal e sua intrínseca relação com a doutrina do garantismo. Mais do que uma filosofia política ou uma teoria da justiça, o garantismo deve ser entendido como uma filosofia de deslegitimação, já que a intervenção penal via pena impõe ao Estado uma carga de justificação externa, conforme esclarece Luis Pietro Sanchís¹¹⁸.

Notadamente, o garantismo pode ser lido também como uma teoria da divergência, instalando uma crítica ao Direito Penal, ao constatar que o Direito, assim como o Estado, não decorre na natureza, mas da criação do homem, devendo ser questionado para se justificar. A força e a violência estatais devem ser legitimadas. Logo, a atuação via Direito Penal deve se pautar na observância das garantias dos direitos fundamentais.

Esse conjunto de garantias desenhado na constituição dos países democráticos é uma espécie de escudo protetor da dignidade da pessoa humana, pilar do modelo que pode ser colocado no centro de gravidade da lei fundamental, pautando o atuar estatal. Nesse sentido, Alberto Binder propõe um exercício:

Abandonemos, por enquanto, a imagem da pirâmide kelseniana e imaginemos que nossa lei fundamental forma círculos concêntricos, cujo ponto central é, precisamente, a pessoa humana na dimensão total de sua dignidade humana, que inclui, entre outras coisas, dignidade dos grupos sociais em que essa pessoa adquire sua plenitude. A figura dos círculos concêntricos é adequada porque a Constituição Nacional estrutura vários sistemas de proteção ou salvaguarda contra o uso arbitrário do poder. Essas proteções são encontradas não apenas na chamada "parte dogmática" da lei fundamental - que é o que estabelece os direitos e deveres dos cidadãos e as formas básicas do Estado -, mas também na chamada "parte orgânica", que estrutura especificamente os três poderes institucionais do Estado. Tanto a criação de direitos inalienáveis quanto a concessão de uma certa estrutura ao poder têm o mesmo significado: estabelecer um escudo protetor contra a força arbitrária e contra toda degradação tirânica possível do poder. Dissemos que a figura dos círculos concêntricos era adequada porque esses sistemas de proteção estão em níveis diferentes. A norma que estabelece que o domicílio é inviolável e que só pode ser nivelado por ordem judicial e sob certas condições, não é a mesma que

¹¹⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 539.

¹¹⁸ SANCHIS, Luis Prieto. **Garantismo y Derecho Penal**. Madri: Iustel, 2011, p. 21.

estabelece a regra de adequação para a prestação de cargo público ou a que estabelece os poderes do Poder Executivo ou do Congresso da Nação.¹¹⁹

Em relação ao processo penal que atende a esses anseios minimalistas, o autor cita suas características ao pontuar a observância das regras constitucionais. Significa que nunca o juiz deve estar contaminado pela investigação prévia¹²⁰, e que a competência propriamente jurisdicional é a realização do julgamento, nunca da investigação¹²¹. Nesse sistema acusatório, os atores devem ocupar seus lugares demarcados constitucionalmente, não podendo haver invasão de atribuições/competências, como alerta, por todos, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹²².

O problema é que as vezes o réu olha para o delegado, para o membro do Ministério Público e para o magistrado como uma equipe que quer pegá-lo. Assim, não há a quem recorrer no que se refere ao cumprimento do devido processo penal, pois todos esses órgãos estão organizados para punir o cidadão, já que, muitas vezes, veem o acusado como inimigo a ser combatido.¹²³

A adoção de um sistema adversarial, pensando em um modelo onde as partes atuam objetivando o convencimento judicial que se mantém imparcial e distante da colheita probatória, orientado pelo princípio da presunção de inocência, implica, entre outras coisas,

¹¹⁹ Tradução livre da autora a partir do original: “*Abandonemos, por el momento, la imagen de la pirámide kelseniana y pensemos que nuestra ley fundamental conforma círculos concéntricos, cuyo punto central es, precisamente, la persona humana en la dimensión total de su dignidad humana, que incluye, entre otras cosas, la dignidad de los grupos sociales en los que esa persona adquiere su plenitud. La figura de los círculos concéntricos es adecuada porque la Constitución Nacional estructura diversos sistemas de protecciones o resguardos frente al uso arbitrario del poder. Estas protecciones no se hallan sólo en la llamada "parte dogmática" de la ley fundamental —que es la que establece los derechos y deberes de los ciudadanos y las formas básicas del Estado—, sino también en la llamada "parte orgánica", que estructura concretamente los tres poderes institucionales del Estado. Tanto el establecimiento de derechos inalienables como el otorgamiento de una determinada estructura al poder tienen el mismo significado: establecer un escudo protector frente a la fuerza arbitraria y frente a toda posible degradación tiránica del poder. Dijimos que la figura de los círculos concéntricos era la adecuada porque esos sistemas de protección se hallan en distintos niveles. No es lo mismo la norma que establece que el domicilio es inviolable y que sólo puede ser allanado por orden judicial y bajo determinadas condiciones, que aquella que establece la regla de idoneidad para la provisión de los cargos públicos o la que fija las facultades del Poder Ejecutivo o del Congreso de la Nación.*” (BINDER Alberto. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 70-71.)

¹²⁰ Por isso, adequada e atual a previsão do juiz das garantias por meio da Lei 13.964/2019, como já salientado.

¹²¹ BINDER Alberto. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 90.

¹²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**. Senado Federal. v. 46, n. 183, jul./set. 2009 p. 103-115.

¹²³ A própria expressão “combate” denota um estado de guerra, muitas vezes utilizado por órgãos como o Ministério Público, a exemplo das “10 medidas de combate à corrupção”. Essa “política” é questionável por diversos ângulos, entre eles a função fiscalizadora que detém este órgão de acusação. Na mesma toada, parece no mínimo questionável a participação de um membro do Poder Judiciário em campanhas defendendo projeto de lei elaborado pelo MP, como se vê atualmente no Brasil, já que a função do magistrado, nesse modelo adversarial adotado pela Constituição de 1988, é de garantir a observância dos direitos fundamentais quando da aplicação da lei.

na adoção do princípio da oralidade, devendo todas as decisões serem tomadas por meio de um sistema de audiências.

Importante salientar que a oralidade não é uma mera forma de atuação. Não é a prevalência da fala sobre a escrita, pois enuncia a opção por um modelo de justiça dinâmico, pautado na imediação, na continuidade, na concentração de atos e, como consequência, no contraditório substancial – compreendido como participação efetiva das partes na construção da decisão judicial. Isso torna a atuação das partes uma exigência para a construção da verdade, e não um produto do julgador, como ressalta Maya¹²⁴.

Nesse modelo o magistrado não atua como gestor de interesses, pois sua legitimidade não está propriamente na busca da verdade, como complementa Maya¹²⁵, mas na verificação da verdade construída pelas partes.

Ademais, nesse sistema, todas as decisões são proferidas em audiência, em substituição ao modelo em que o juiz decide com base em papéis organizados na forma de um expediente, no mais das vezes sem qualquer contato com o imputado.

Binder¹²⁶ destaca o que significa o chamado juízo oral: “a oralidade é um instrumento, um mecanismo destinado a garantir certos princípios básicos do julgamento criminal. Em particular, serve para preservar o princípio do imediatismo, a publicidade do julgamento e a personalização da função judicial”.

Ao destacar que a oralidade é um instrumento, um mecanismo e não um princípio, Binder¹²⁷ salienta a sua importância na implementação do sistema adversarial, sendo o único meio de efetivar princípios como publicidade e imediação da prova por parte do magistrado.

O mesmo autor destaca que a oralidade representa um meio de comunicação entre as partes e o juiz, ao salientar que o uso da palavra falada ao invés da escrita é o instrumento de produção probatória a ser utilizada no sistema acusatório¹²⁸. Nesse sentido:

¹²⁴ MAYA, André Machado. O Juizado de Garantias Como ator Determinante à Estruturação Democrática da Jurisdição Criminal: o Contributo das Reformas Processuais Penais Latino-Americanas à Reforma Processual Penal Brasileira. **Novos Estudos**. v. 23, n. 1, 2018, p. 83. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452> Acesso em 19 abr. 2020.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Tradução livre da autora a partir do original: “*En especial, ella sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial.*” (BINDER Alberto. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 93.)

¹²⁷ Imediatidade é outra regra desconhecida no Brasil, só sendo dimensionada por esta pesquisadora na visita já referida ao processo penal chileno, quando se deu conta de que, no modelo adversarial, o juiz só tem contato com a prova na audiência, não a conhecendo anteriormente. Até porque, no citado sistema, o processo físico encontra-se com as partes, e não com o magistrado. As provas são efetivamente conhecidas naquele momento, não se tendo qualquer contato prévio com elas. Destaque-se, ainda, que o método de produção é todo oral, não havendo papéis nas mãos dos magistrados.

¹²⁸ BINDER Alberto. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 101.

Observe que, no fundo, o mecanismo é simples: se é usada a palavra falada, as pessoas devem estar presentes (imediatismo) e, além disso, se comunicar de uma maneira que seja facilmente controlável por outras pessoas (publicidade). Essa simplicidade nem sempre foi reconhecida e até hoje ouvimos aqueles que, sem qualquer fundamento, afirmam que o julgamento oral é mais complicado, mais difícil de realizar do que o julgamento escrito, onde tudo é transcrito em minutos (*quod non est in actas, não no mundo*)¹²⁹.

Alberto Binder cita Jeremías Bentham (século XIX)¹³⁰, para afirmar que a oralidade é o modo mais natural de resolver os conflitos humanos e da forma de administrar a Justiça e resolver quaisquer outros problemas coletivos ou familiares. Abre flanco para que as saídas alternativas acompanham as respostas aos delitos, vez que ofertadas basicamente por meio da palavra falada, só que pelos próprios envolvidos no problema.

Este método demonstrado por Alberto Binder como o consonante com o modelo acusatório também pode ser admitido na dimensão externa, franqueando-se aos diretamente envolvidos no conflito a possibilidade de um momento de fala e escuta, destacando-se a importância do uso da palavra falada pelas partes diretamente envolvidas. Assim, utilizar-se-ia de um terceiro apenas como mediador da construção da resposta – não aflitiva e não estigmatizante, portanto.

Estabelecidos os principais pontos que caracterizam o modelo adversarial de intervenção penal, há necessidade premente de o Brasil assumir responsabilidades e implementar o sistema acusatório de maneira concreta e definitiva, integrando a legislação e treinando os membros das agências do sistema criminal para que assumam a postura exigida pelo referido sistema – aliás como já aconteceu em todos os países da América Latina, com exceção do Brasil.

2.3. O PROCESSO GLOBAL DE MUDANÇAS E A REPERCUSSÃO PARA ALÉM DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.

Desde 1980, a América Latina é palco de uma série de mudanças processuais penais¹³¹, fruto dos processos de redemocratização vividos nessa parte da América. Após longas e violentas ditaduras, que impuseram de forma ainda mais rigorosa o modelo inquisitório de

¹²⁹ Tradução livre da autora a partir do original: “*Obsérvese que, en el fondo, el mecanismo es simple: si se utiliza la palabra hablada, las personas deben estar presentes (inmediación) y, además, se comunican de un modo que es fácilmente controlable por otras personas (publicidad). Esta simpleza no ha sido siempre reconocida y aún hoy se escucha a quienes, sin fundamento alguno, afirman que el juicio oral es más complicado, más difícil de realizar que el juicio escrito, donde todo se transcribe en actas (quod non est in actas, non est in mundo).*” (BINDER Alberto. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 101.)

¹³⁰ Idem, p. 102.

¹³¹ MAIER, Júlio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIL, Jan (Coords.) **Las reformas procesales penales en America Latina**. Buenos Aires: Ad hoc, 2000, p. 17

processo penal – realidade vigente desde a colonização portuguesa e espanhola¹³² - os países desta parte do globo esforçam-se para implementar um modelo de processo criminal que observasse regras democráticas mínimas.

A reforma do processo penal na América Latina justifica uma série de alterações nas estruturas e na dinâmica desse ramo do Direito. Isso inclui saídas negociais que evitam a prestação jurisdicional nos moldes atuais, a exemplo da mediação. Mas essas tratativas que incorporam a ideia de democracia ao processo penal perpassam por alterações de diversas ordens e atingem muitas esferas, devendo se adequar a legislação, bem como a cultura dos membros do Poder Judiciário. Também deve haver mudanças nos demais atores que compõem o sistema e na forma de administrar esses órgãos.

Antes de apresentar os contornos da mediação penal, é essencial discutir as questões de partida de onde se pretende começar, por quais caminhos se vai trilhar e, especialmente, aonde se quer chegar. Implementar o sistema eleito na Constituição Federal de 1988 não é tarefa fácil, até porque parece que muitos atores do sistema penal ainda não entenderam a eleição da premissa acusatória com todas as suas nuances e consequências, como já salientado.

2.3.1. Necessidade de superar a cultura inquisitorial.

Essa onda de alterações nasce com o objetivo de concretizar o que se chama de sistema processual penal acusatório. Implica em um extenso e capilarizado rol de mudanças¹³³, entre elas as chamadas saídas alternativas, que incluem o acordo entre vítima e agressor na solução dos conflitos. Tal negociação já foi implementada em diversos países do mundo¹³⁴, mas ainda pende de previsão e regulamentação no Brasil.

Não se nega certo avanço promovido pela Lei 9.099/1995, que instituiu a composição civil dos danos e a transação penal, mas reconhece-se a sua insuficiência, já que limitada aos crimes de ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação. Excluem-se, portanto, casos envolvendo crime de ação penal pública incondicionada. Ademais, há uma crítica diante da forma como são encaminhadas essas avenças, verificando-se, muitas vezes, o despreparo do conciliador, seu comportamento impositivo e inadequadamente célere.

¹³² Idem, p. 18.

¹³³ A necessidade de atribuir a qualidade de delituosa a certa conduta será debatida no item 2.2.3.

¹³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**. Na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. O autor, ao defender sua tese doutoral em 2001, na Espanha, estudou a temática e demonstrou a integração do consenso em Alemanha, Espanha, Itália, Portugal e Brasil.

Sem falar da denunciada e deletéria eficácia invertida de institutos democráticos e limitadores do poder punitivo, podendo ser citado o uso equivocado da transação penal no sistema atual brasileiro, considerando que os casos de arquivamento de Termo Circunstanciado de Ocorrência são substituídos pelo acordo ministerial.

Nota-se, mais uma vez, que a intenção do legislador era substituir os casos de oferecimento de denúncia pela transação penal, pois a cabeça do artigo 76, da Lei 9.099/1995, elenca como primeira condição para o seu oferecimento “não ser caso de arquivamento”.

Assim, seguindo o fluxograma do procedimento no Juizado Especial Criminal, previsto na citada Lei 9.909/1995, ao receber o Termo Circunstanciado de Ocorrência, o próximo passo procedimental seria a apreciação ministerial para, verificando se estão presentes as condições para a ação penal, encaminhar para a audiência preliminar. Contudo, se, ao analisar as peças, o órgão ministerial verifica que não estão presentes as condições para a ação penal, deve arquivar o citado termo, pondo fim ao caso.

Ocorre que esse fluxograma legal simplesmente não é seguido no Juizado Especial Criminal¹³⁵.

Determina o texto legal que a transação penal só deve ser oferecida se não for caso de arquivamento do termo circunstanciado de ocorrência, reitere-se. Mas, diante da cultura punitivista, esse instituto segue sendo usado como substituição também ao arquivamento, comportamento que demonstra o descompasso em que se encontra o sistema, que segue invertendo os sinais dos mecanismos minimalistas para expandir o poder de punir.

Esse atraso brasileiro na adoção do novo marco regulatório difere da realidade dos demais Estados da América Latina, pois todos, com exceção do Brasil, já elaboraram novos Códigos de Processo Penal. Essas mudanças se iniciaram na Guatemala, nos anos 1990, e se encerraram na Argentina, que promulgou o novo Código de Ritos federal em 2017¹³⁶, prevendo, entre outras saídas alternativas, a mediação penal entre vítima e agressor.

Por aqui ainda se debate o projeto de lei 8.045/ 2010, que tem por escopo elaborar o novo Código de Processo Penal brasileiro, sem previsão de votação. A situação é agravada pela modificação de grande parte das duas casas do parlamento brasileiro em virtude das

¹³⁵ Registre-se que essa afirmação se refere aos Juizados Especiais Criminais de Salvador, local onde a autora estuda e desenvolve a advocacia criminal privada.

¹³⁶ Importante consignar os anos em que Estados da América Latina sancionaram novas legislações: Argentina (2018); Uruguai (2014); Bolívia (1999); Chile (2000); Colômbia (2004); Costa Rica (1996); Equador (2014); El Salvador Decreto (2008); Guatemala (1992); Honduras (1999); México (2014); Nicarágua (2001); Panamá (2008); Paraguai (1998); Peru (2004); República Dominicana (2002); e Venezuela (2012).

recentes eleições gerais ocorridas no ano de 2018¹³⁷. O projeto segue sem qualquer previsão da providência defendida nesta tese.

O atraso pode também ser notado com a edição da lei 13.964/2019, conforme já explicado. A atual confusão principiológica e sistêmica em que se encontra o processo penal brasileiro pode ser verificada nesse texto legal, diante de suas previsões contraditórias. Alguns avanços formais conquistados¹³⁸, mas sem certeza da sua incorporação pelos atores do sistema de justiça penal, que teimam em se manter no modelo ultrapassado de intervenção, lastreado em premissas autoritárias, incluindo nessa empreitada todos os poderes, inclusive o STF, órgão convocado a guardar e observar a Constituição Federal.

A postura antidemocrática é gritante.

Nota-se a presença e a força da escolha inquisitória na menor movimentação rumo a adequação do sistema às premissas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais – como, por exemplo, a implementação de um juiz imparcial, como pretendeu a alteração legislativa no sentido de instituir o juiz das garantias.

Como já salientado, duas associações de magistrados propuseram ações questionando a previsão do juiz das garantias no STF no final de dezembro de 2019. A corte inicialmente considerou constitucional a previsão legal, oportunidade em que o seu presidente, Ministro Dias Toffoli, entendeu razoável adiar o prazo da *vacatio legis* de 30 para 180 dias, considerando a necessidade de adequações dos tribunais, conforme decisão publicada em 15 de janeiro de 2020.

Porém, o relator do caso, Ministro Luiz Fux, em 22 de janeiro de 2020, proferiu decisão reconsiderando a Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidades números 6.298 6.299, 6.300 e 6.305, por meio da qual, entre outras providências, suspendeu, liminarmente, a figura do juiz das garantias prevista entre os artigos 3-A e 3-F do Código de Processo Penal (após edição da Lei 13.964/2019). Usou argumentos de ordem formal, como violação às regras de organização judiciária e, ainda, premissas de ordem material, como violação ao princípio do juiz natural e duração razoável do processo.

¹³⁷ Das 54 vagas disponíveis no senado federal, só oito foram preenchidas por candidatos à reeleição. Mais de 50% da câmara dos deputados passou a ser composta por novos parlamentares.

¹³⁸ A já referida previsão da figura do juiz das garantias, suspensa pelo Ministro Luiz Fux em 22 de janeiro de 2020, ao apreciar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299, seria exemplo desse avanço, mas a incorporação inquisitorial impregnada na maioria dos atores do sistema de justiça criminal impediu a sua implementação.

Fundamental registrar a manifestação nas redes sociais do então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, posicionando-se contra¹³⁹ a figura. Entretanto, o juiz de garantia é conhecido nos países democráticos que adotam o sistema acusatório, a exemplo da Colômbia desde 1991, Paraguai desde 1998 e Chile a partir de 2000¹⁴⁰, sem falar de Portugal e Itália, que já preveem a necessidade de separação entre o juiz que sentencia e o que participa na etapa investigativa (controla a legalidade da investigação) desde a década de 1980.

Trata-se, portanto, de um movimento antidemocrático com participação de membros do Judiciário e do Executivo, mantendo o tom e o cariz inquisitório do processo penal, já que a inclusão do juiz das garantias implementaria o princípio da imparcialidade. Assim comenta Maya, ao afirmar a necessidade do rompimento entre a investigação criminal e a instrução processual penal, pois o julgador do processo deve permanecer distante dos elementos informativos colhidos na investigação¹⁴¹.

Além das pretensões acusatórias mescladas a institutos nada democráticos acrescidos pela Lei 13.964/2019, o já citado Projeto de Lei 8.045/2010, que pretende implementar o novo Código de Processo Penal e institutos que concretizariam saídas alternativas, já recebe críticas mesmo antes de ser votado pelas casas legislativas federais.

Fauzi Choukr¹⁴² se debruça sobre o projeto e pondera que o novo já nasce velho, pela ausência de um debate amplo e de uma adequação sistêmica com a Constituição Federal, os tratados internacionais e, até mesmo, com os diplomas legais já elaborados em outros países da América Latina. Isso porque a discussão sobre o arcabouço processual deve ser encorpada com a necessária reflexão sobre o macro papel político da legislação processual e como isso irá refletir em suas técnicas. Em outros termos, o que se espera do processo na construção do tecido social.

¹³⁹ O então Ministro Sérgio Moro publicou na sua página do *twitter* “Sempre disse que era, com todo respeito, contra a introdução do juiz de garantias no projeto anticrime. Cumpre, portanto, elogiar a decisão do Min Fux suspendendo, no ponto, a Lei 13.964/2019.” disponível em https://twitter.com/SF_Moro/status/1220094706257887234 acesso em 27 jan 2020

¹⁴⁰ MACHADO, André Maya. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, v. 23, n. 1, jan-abr 2018, p. 74-80, disponível em <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452> acesso em 27 jan 2020

¹⁴¹ MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Novos Estudos**, v. 23, n. 1, 2018, p. 82. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452> Acesso em 19 abr. 2020.

¹⁴² CHOUKR, Fauzi Hassan. **O NCPP e os seus pontos de partida: discussões para além da dicotomia inquisitivo x acusatório**. 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-ncpp-e-seus-pontos-de-partida-discussoes-para-alem-da-dicotomia-inquisitivo-x-acusatorio-por-fauzi-hassan-choukr>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

É também por essa ausência, tanto de debate como de marco político, que leis como a 13.964/2019 vêm recheadas de contradições intrínsecas e extrínsecas. A centralidade do respeito aos direitos fundamentais e a respectiva garantia do devido processo encontram-se pendentes de concretização e uniformização.

O processo de mudança, portanto, perpassa por um novo código, fruto de uma nova opção política de tratamento dos comportamentos criminalizados, mas também pela assunção de uma nova postura dos atores do sistema criminal e a inclusão de saídas alternativas, evitando a persecução penal e sempre com o objetivo de incluir a vítima na solução do problema e desfazer as espirais que envolvem o conflito.

Essa superação exige uma renovação consolidada, porém essa realidade não foi assumida pela classe político-jurídica, como salienta Fauzi Choukr ao ponderar sobre a urgência de conscientização da necessidade de uma verdadeira refundação processual¹⁴³, como ocorreu em outros países no mesmo contexto político.

O Brasil segue optando por segmentar as reformas em tópicos, setorizando as alterações sem alterar o âmago da questão política que define a forma de acusar e apenar os cidadãos de um país, questionando e limitando o poder estatal, por meio de um processo penal autenticamente democrático.

As mudanças pontuais podem até introduzir figuras do sistema acusatório, mas sem um movimento amplo e radical, com a necessária mudança de pensamento, além das alterações legislativa e administrativa, institutos como o juiz de garantias serão desfigurados (se implementados) e manipulados pró manutenção da inquisitorialidade, pois a postura mantém-se intacta se não há a defendida refundação na área processual penal.

2.3.2. Necessidade de separação da função administrativa da judicante.

Além da profunda modificação legislativa nos procedimentos propriamente ditos e da postura dos membros do Poder Judiciário, é preciso que existam normas próprias em relação à administração judiciária. O cotidiano administrativo também deve ser alterado, passando, por exemplo, a gestão de pessoas e material de cartório para pessoas com *expertise* nessas áreas e não permanecer esta espécie de responsabilidade a cargo do magistrado, profissional que não estudou Administração, detendo competências relacionadas ao Direito. (Ainda hoje no Brasil

¹⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Permanências inquisitivas e refundação do processo penal:**

A gestão administrativa da persecução penal. 2016. Disponível em: <https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/459379929/permanencias-inquisitivas-e-refundacao-do-processo-penal>. Acesso em 31 dez. 2019.

é o juiz quem organiza a agenda das audiências, bem como quem decide sobre férias dos servidores e compra de material de uso comum, como papel e tinta de impressora.)

Ao se submeter a um concurso público para ocupar um cargo da magistratura, a imaginação do bacharel é que passará seus dias decidindo pedidos, estudando teses, sentenciando casos, presidindo audiências, ou seja: concentrando seus esforços na prestação jurisdicional. Ocorre que, ao tomar posse, uma nova realidade emerge e sua imaginação desmorona, dando lugar a um cartório que precisa ser gerido. Pessoas esperam pelas suas ordens, o que, muitas vezes, rompe com a forma de administração cartorária que era aplicada até aquele momento, já que os servidores seguiam as regras do juiz anterior. Agora o novo chefe vai ditar como ele prefere que as coisas aconteçam e onde devem ficar os móveis.

Nota-se uma acumulação de funções contraproducente, pois, ao invés de julgar, o magistrado passa a ser um gestor, o que faz sem qualquer capacitação para tanto, além de perder tempo, já que a ruptura com a anterior forma trabalho gera atrasos, pois novas práticas deverão ser aprendidas e adotadas.

Essa situação é tão comum no Brasil que não chega a ser objeto de discussão, nem doutrinária, nem institucional. Mas essa contraproducente aglutinação precisa ser debatida para que efetivamente se implante o modelo acusatório de processo penal que a Constituição Federal programou desde 1988, mas que permanece sem efetiva preocupação, pois inalterada a opção política, como já salientado.

Essa acumulação obstaculiza a efetiva implementação do sistema adversarial, já que o desvio de função, além de conturbar o serviço do cartório, retira dos magistrados o tempo necessário à atividade judicial. Por isso a discussão precisa ser posta, conforme destacam Garcia Yhoma e Martínez¹⁴⁴, pois, como qualquer prestação de serviço, deve-se buscar formas mais eficazes. Esse debate deveria ser feito nos conselhos (OAB, magistratura, sindicatos de servidores) e nas universidades.

Porém, o que se verifica é um verdadeiro vácuo, um silêncio eloquente e geral, pois a situação não é sequer notada pela comunidade jurídica, talvez pela concentração de esforços nas mudanças legislativas, fruto de um fetichismo normativo insuficiente na tarefa de concretizar o modelo acusatório.

¹⁴⁴ GARCÍA YOMHA, Diego; MARTÍNEZ, Santiago (2014, p. 139) *apud* POSTIGO, Leonel González. **Reporte sobre el Funcionamiento de las Oficinas Judiciales en Neuquén**. Revista Eletrônica. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile: 2017. Disponível em <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5553/Libro%20Reporte%20Oficinas%20Neuquen%20CEJA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 10 nov. 2020.

Juan Enrique Viancos¹⁴⁵ destaca que, como o trabalho final do magistrado é a prolação de sentenças/decisões, é normal o maior enfoque nessa empreitada, deixando em segundo plano o labor administrativo e vendo-o como uma carga de trabalho indesejada. Porém essa ausência de gestão técnica causa prejuízos incalculáveis, que levam à ineficiência do trabalho principal, escamoteando questões importantes como o ajuste do processo penal ao sistema acusatório, além de comprometer a qualidade da prestação jurisdicional cotidiana.

Para ilustrar, imagine-se a mesma situação na área médica, onde os profissionais não acumulam outras funções diversas da medicina. Assim, um cirurgião só é chamado para operar quando o anestesista já chegou, os instrumentos estão ordenadamente dispostos e o paciente na mesa, não se preocupando, portanto, com detalhes administrativos, pois deve apenas exercer a medicina no tempo destinado a isso. Outras pessoas fazem tudo isso acontecer: pagam a conta de luz, conferem o material e a presença dos demais profissionais de saúde para que o médico se preocupe, apenas, com o procedimento cirúrgico, ou seja, com aquilo que ele sabe fazer.

Da mesma forma deve ser o serviço jurisdicional. O magistrado deve julgar, cabendo a outras pessoas administrarem o cartório, deixando tudo pronto para que ele só decida.

A implementação de um sistema acusatório impõe aos seus atores um perfil específico, com tarefas bem delimitadas, com um projeto de gestão, comandado por um profissional, deixando a tarefa jurisdicional a cargo apenas do juiz.

Note-se que a acumulação de função transforma o juiz, muitas vezes, em um homologador de decisões, já que passa a delegar a indelegável função jurisdicional para seus assessores, diante do volume exagerado de trabalho que inclui a administração do cartório.

Com a separação das funções e a *expertise* dos servidores, um mesmo cartório (chamado em alguns países, a exemplo do Chile, de Oficinas Judiciais) pode atender dezenas de “varas”, horizontalizando o trabalho e possibilitando uma harmonia nas questões administrativas. Assim, será mais eficiente, considerando a capacidade dos servidores e, também, a variedade de profissionais (informática, administração), como já é nos países da América Latina – a exemplo do Chile e províncias argentinas.

Claro que essas mudanças não são fáceis. Implicam, entre outros fatores, em perda de poder por parte dos magistrados e em ingerência do trabalho deles de forma impositiva, alterando o seu modo de trabalhar – já conhecido, ainda que não eficiente. Mas o resultado

¹⁴⁵ VIANCOS, Juan Enrique Vargas. Sistema procesal por audiencias: requerimientos organizacionales y administrativos. *Revista Sistemas Judiciales*, n°10, 2006, p. 99-100.

possibilita a melhora geral na tarefa de julgar, considerando, inclusive, que o número de ações que ingressa não Poder Judiciário aumenta, assim como cresce a expectativa de uma resposta célere e de qualidade quando da prestação do serviço jurisdicional.

É também por isso que essas oficinas devem ter suas funções distribuídas e previstas em lei, recebendo autonomia para gerir conforme entendam necessário, de forma a garantir o regular andamento do processo, bem como o bom funcionamento das unidades judiciais.

Gallardo, juiz de garantias chileno, afirmou em curso ministrado em Santiago do Chile para dezenas de professores brasileiros, no ano de 2016, que quando chega pra trabalhar no fórum criminal, é recebido pelo servidor que lhe informa o número de audiências que ele irá realizar naquele dia, pois é este profissional que sabe a quantidade de audiências necessária para que as demandas sejam julgadas em prazo razoável, baseando-se em estatísticas, técnica e organização cartorária. Ou seja, a agenda do juiz deixa de ser preocupação do magistrado, que se subordina à boa gestão da Justiça, organizada e estruturada por quem entende desses assuntos.

Essas mudanças devem acontecer nos três níveis de gestão: do governo, dos órgãos de cúpula e das chamadas unidades de produção do sistema de justiça, sendo que nestas últimas as mudanças são mais importantes, pois a cobrança da população é direta, além de ser o local mais difícil de introduzir melhoras significativas ao sistema tradicional de organização e funcionamento, como destaca Leonel González Postigo¹⁴⁶.

A automação e a cegueira dos magistrados impedem o debate sério e profundo sobre outras formas de enfrentamento dos problemas rotulados como criminosos, atravancando o conhecimento de temas novos, como saídas alternativas na resposta aos conflitos e demais avanços que vêm sendo implementados na América Latina.

Essa situação se repete nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário, pois não só os magistrados de piso exercem tarefas administrativas, como também os desembargadores e ministros, que passam a gerir verdadeiros feudos (seus gabinetes) das formas mais variadas possíveis. Essa situação, além de não dar uniformidade ao trabalho gerencial das unidades, implica em perda de tempo com atividades que eles não dominam.

Outro resultado dessa acumulação é a delegação da tarefa jurisdicional a estagiários, assessores, servidores técnicos e analistas, que passam a julgar, situação que viola, entre outros, o princípio da indelegabilidade da jurisdição.

¹⁴⁶ POSTIGO, Leonel González. La Gestión Judicial en los Tribunales de Familia de Santiago de Chile, Sistemas Judiciales, Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. CEJA. Año 14, N° 18, 2018, p. 41-55. Disponível em: <https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/revista18.pdf> Acesso em 03 fev. 2020.

Esse é o alerta feito por Alberto Binder¹⁴⁷. Ao criticar essa acumulação de funções, o argentino chama a atenção para a sobrecarga dos juízes que julgam e administram. Com isso, os servidores também exercem tarefas jurisdicionais, pois elaboram despachos e até sentenças, transformando o juiz, muitas vezes, em um mero homologador de decisões confeccionadas por outros.

Por isso é que se defende a urgente separação das funções administrativa e judicante no seio do Poder Judiciário, para que aos juízes se reserve a tarefa constitucional de garantir uma prestação jurisdicional, observando-se às garantias fundamentais do acusado quando da verificação da prática do cometimento de uma infração penal, por meio de um processo penal adversarial.

Tratando-se de assunção do compromisso democrático e da concretização do sistema processual penal acusatório, o espectro de alterações deve alcançar e inundar as demais instituições participantes do sistema criminal como Polícia, Ministério Público e órgão de defesa. Ou seja, parte-se de uma decisão política a ser implementada via revolução legislativa, administrativa e cultural, como destaca, mais uma vez, Fauzi Choukr¹⁴⁸.

Note-se que os países que passaram por essa refundação editaram não só leis totalmente inéditas, como tiveram que ruir com as antigas estruturas para atender à nova realidade consonante com as premissas acusatórias, implementando práticas administrativas inusitadas compatíveis com, por exemplo, uma prestação jurisdicional oral e não mais escrita.

Como dito, no sistema adversarial, a participação do órgão acusador e de defesa, assim como a prestação jurisdicional, é basicamente oral. As decisões são imediatas e proferidas ao final dos debates, sejam eles na fase inicial da persecução ou já na instrução. Do mesmo modo, não se sabe o aconteceu antes daquela audiência, sendo inédito o contato com a acusação e as provas que a sustentarão, que serão produzidas naquela audiência sem qualquer referência às etapas anteriores da persecução.

Assim, a estrutura física dos fóruns precisará ser construída para atender a essa nova realidade, não havendo como a arquitetura permanecer a mesma, pois a decisão passa a ser tomada nas audiências e não mais nos gabinetes. Não só a sentença será proferida a partir dos debates orais, como qualquer decisão será tomada por meio de um sistema de audiência, com

¹⁴⁷ BINDER, Alberto. La Política Criminal em el Marco de las Políticas Públicas: bases para el análisis político-criminal. **REJ – Revista de Estudios de la Justicia**. Nº 12, 2010, p. 222-223. Disponível em: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BINDER%20_8_.pdf Acesso em 12 fev. 2020.

¹⁴⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: A gestão administrativa da persecução penal**. 2016. Disponível em: <https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/459379929/permanencias-inquisitivas-e-refundacao-do-processo-penal>. Acesso em 31 dez. 2019.

exercício pleno da oralidade, sem possibilidades de manobras escusas por parte de qualquer dos sujeitos. Eduardo Gallardo¹⁴⁹ afirma que a oralidade garante que o juiz não ligue para o promotor para obter, por exemplo, informações que não constam nos debates, dando mais lisura à prestação jurisdicional.

A estrutura brasileira de prestação jurisdicional pode ser entendida como “de gabinete”, já que não se entende, por aqui, o princípio da oralidade na sua potência acusatória. Não se conhece a força e ruptura paradigmática do uso da palavra falada em todas as fases e dimensões da tutela jurisdicional nesta parte da América do Sul. Ler os manuais nunca será suficiente para se entender a força dessa forma de resolver conflitos, sendo a sua implementação um dos pilares mais importantes da concretização do que pretende como sistema adversarial, decorrente da democracia em matéria processual penal.

Sobre o juízo oral, Alberto Binder¹⁵⁰ chama a atenção para essa ferramenta garantidora dos princípios basilares da justiça penal, condutora do princípio de imediação, publicidade e personalização da função judicial, classificando a oralidade como instrumento apto a garantir princípios, portanto. Mas não se deve mitigar a importância da oralidade. Ao contrário, quando se menciona o modelo de juízo republicano, se fala em juízo oral, pois é a oralidade o único modo eficaz de implementar uma justiça republicana, como segue salientando o autor¹⁵¹, ao defender que a oralidade representa, fundamentalmente, um meio de comunicação entre as partes e o juiz.

O uso da palavra falada garante a presença das pessoas (atores do sistema de justiça) e admite que os atos sejam controlados pelos sujeitos do processo, garantindo-se a publicidade, o controle e a certeza da prestação ministerial, defensiva e jurisdicional pelos seus representantes.

Sobre a eventual complexidade dessa ferramenta, segue Alberto Binder ponderando o absoluto descabimento da crítica, já que evita a elaboração de atas (reduções nem sempre fiéis, pois desprovidas das demais formas de transmissão de impressões sobre fatos, já que o comportamento e até mesmo o tom com que as pessoas se comunicam fazem parte da participação na captura do convencimento judicial). É, ainda, a forma mais comum das pessoas resolverem seus problemas. Está correto o autor ao ironizar que, na hipótese de uma controvérsia, um conflito em família, por exemplo, não se vê formar um expediente, lavrar atas dos testemunhos, pedir por escrito a opinião a cada um dos membros da família. Essas

¹⁴⁹ Entrevista realizada por Thiago Minagé sobre o papel do Juiz das Garantias, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0mks7r12jwQ> Acesso em 21 out. 2020.

¹⁵⁰ BINDER Alberto. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 100.

¹⁵¹ Idem, p. 101.

atividades parecem ridículas e artificiais, resultando igualmente em respostas artificiais e ridículas quando se trata de construir um processo penal democrático.

Não se pode falar da importância da oralidade sem esclarecer o princípio que ela concretiza: a imediação. Considerando que o processo penal é a atividade de aquisição de conhecimento sobre fatos passados, busca-se a reconstrução aproximativa da verdade por meio de atos como testemunho, interrogatório e perícia, atos humanos passíveis de manipulações e erros.

Nesse contexto, mais uma vez, é Alberto Binder¹⁵² que salienta que a imediação se manifesta como condição básica, que faz com que esses atos e suas relações com a verdade e com a informação, efetivamente, permitam chegar à verdade mais provável, do modo mais seguro possível, defendendo a sua produção breve e concentrada.

Assim, além de separar as funções judicial e administrativa, é preciso alterar a metodologia processual, consagrando a oralidade como mecanismo gerador de um sistema de comunicação entre o juiz, as partes e os meios de prova, que permite descobrir a verdade de um modo mais eficaz e controlado.

Para acompanhar a metodologia do uso da palavra falada (da decisão ao final da apresentação concentrada e imediata das provas, seguida dos debates entre as partes), a estrutura física dos tribunais deve ser igualmente alterada, já que as atas deixariam de existir. Dariam lugar a gravações audiovisuais que precisariam funcionar em excelente nível tecnológico, já que não mais se gastaria tempo com reduções desnecessárias e elaborações de sentenças escritas.

Evidente, portanto, que além das novas estruturas, o aparato tecnológico torna-se central, já que se todos os atos agora devem ser orais – pedido, manifestação e decisão – essencial, portanto, o registro áudio visual, devendo se implementar esses recursos de forma eficaz e urgente.

Nota-se, assim, a necessidade da refundação do sistema de justiça – e dos demais órgãos que compõem o sistema de justiça –, não sendo possível pensar apenas em mudanças a nível legislativo. Dessa limitação sofrem as pretensões dos governantes brasileiros, que se mantêm alheios às urgentes demandas democráticas em andamento nesta terça parte da América há décadas, incluindo na conformação do sistema processual ao pretendido acusatório saídas não intervencionistas de solução de problemas definidos como criminais.

¹⁵² Ibidem, p. 102-103.

2.4. A INCLUSÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO UM CAMINHO PARA CONCRETIZAÇÃO DA REFORMA.

Assim, criar caminhos diferentes para reagir aos problemas jurídicos de natureza penal, já que o crime, antes de tudo e muitas vezes, é um problema de duas pessoas determinadas, é pensar o Direito como meio de pacificação e convívio social. É falaciosa, portanto, a suposta subordinação do acusado ao Estado, como pretendeu defender o tecnicismo¹⁵³.

Esse movimento, além de dar significado às determinações constitucionais que permanecem no plano simbólico, desnuda o processo penal vigente, que segue acobertando, para manter, as categorias herdadas do inquisitorialismo, impossibilitando o afloramento do sentimento, político e jurídico pós 1988.

Defender mecanismos compatíveis com uma política criminal minimalista, concretizada por meio de um processo penal acusatório de alta aderência constitucional, exige a incorporação de categorias novas e próprias que atendam a essa opção política, sendo o caminho eleito nesta pesquisa a demonstração da pertinência do uso da mediação como meio concretizador do plano democrático.

Abandonando a ideia de que todo cidadão que pratica uma conduta criminalizada significa uma ameaça à coletividade e/ou ao Estado¹⁵⁴, é preciso defender novas formas de resolver essa espécie de problema, já que o atuar estatal obrigatório e uníssono absorve marcadores internacionais que não alcançam o resultado proposto pelo próprio Estado, qual seja: prevenir o cometimento de delitos – usando, para tanto, o Direito Penal como *ultima ratio*. Assim, o controle punitivo, institucionalizado e fechado em relação aos anseios dos diretamente envolvidos é a base de um atuar hermético, público e aflitivo do Direito Penal e do atuar estatal, paradigma sobre o qual todo conhecimento é construído.

O *jus puniendi* exercido de maneira exclusiva pelo Estado, já que este poder deriva de um grande contrato celebrado entre os homens, nas palavras de Cesare Beccaria¹⁵⁵: “foi a necessidade que impeliu os homens a ceder parte da própria liberdade”, e essas parcelas são sempre as “mínimas porções possíveis, apenas o suficiente para induzir os outros a defendê-lo”.

¹⁵³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 312.

¹⁵⁴ Razão pela qual a grande maioria dos delitos é de ação penal pública incondicionada, nos termos do artigo 100 do Código Penal.

¹⁵⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p. 29.

Dito isso, a demonstração de Pires¹⁵⁶ sobre a racionalidade penal moderna constitui, nas palavras do próprio autor, um obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação, isto é, à criação de uma nova racionalidade penal e de uma outra estrutura normativa.

Não se pode perder de vista a ingenuidade de certa parcela da doutrina, não compartilhada por esta pesquisa, que ainda prega a incidência do Direito Penal e suas agências de controle, nos moldes atuais, com fins pacíficos e concretizadores de uma suposta harmonização social, protetora de bens jurídicos. Não que esses objetivos não sejam desejados e legítimos, de todo oposto. Mas assumir os fins não republicanos do sistema de justiça criminal, como denunciam diversos autores¹⁵⁷ já citados nesta pesquisa, é ponto de partida para propor novas formas de responder aos comportamentos considerados criminosos, concretizando, enfim e assim, o protejo igualitário e racional de um direito material e processual penal mínimo, limitado.

Nessa seara, faz-se indispensável a criação de mecanismos de contenção, para que aquele que exerce o poder não substitua os interesses coletivos pelos seus particulares, já que, segundo Calmon de Passos, o poder, entregue à sua vocação, independente de quem o exerça não concede, não negocia, submete, exatamente porque é poder¹⁵⁸. Esse contrapoder deve ser exercido, no caso do Direito Penal, pelos princípios e suas implicações concretas, a exemplo da intervenção mínima, concretizada por saídas alternativas ao processo penal punitivo e retributivo, como a mediação.

Esta restrição é extraída da mesma fonte que legitima o atuar penal: a Constituição Federal. Ela limita o poder de punir, condicionando sua atividade a certos rigores e necessidades. Faz isso porque a intervenção através do Direito Penal terá sempre uma consequência violenta, pois retirará do cidadão sua liberdade ou, no mínimo, suprimirá direitos. De qualquer maneira, a sanção penal significa uma restrição, e, conseqüentemente, uma cicatriz social indesejada¹⁵⁹.

Assim, se o crime, como definiu Luiz Flávio Gomes¹⁶⁰, não é algo anormal, não é um tumor, nem uma epidemia, senão um doloroso “problema” interpessoal e comunitário, ele

¹⁵⁶ Idem, p. 42.

¹⁵⁷ Nilo Batista, Vera Regina Pereira, Vera Malaguti, Juarez Cirino, Ana Flauzina, entre outros tantos.

¹⁵⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos Julgam**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 55-56.

¹⁵⁹ Principalmente da sociedade brasileira, que vê o cidadão condenado penalmente como alguém eternamente perigoso, diferente – logo, que vai carregar o estigma da culpa e da delinquência por toda a vida.

¹⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio; MOLLINA, Antônio Gracia-Pablos de. **Criminologia**, 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 362.

pode ser resolvido comunitariamente, já que é uma realidade próxima, cotidiana, quase doméstica: um problema “da” comunidade, que nasce “na” comunidade e que pode ser resolvido “pela” comunidade.

Nesse sentido, foi a Criminologia Clássica que defendeu a ideia de que o delito era um conflito entre o Estado e o infrator, entre o bem e o mal, entre a luz e a treva, entre dois rivais, sem outro fim a não ser a submissão do vencido à força vitoriosa do vencedor. Esse castigo público polarizava e esgotava a resposta ao fato delitivo. Não havia preocupação com a vítima, nem com a comunidade, nem a efetiva prevenção do delito, mas apenas uma dissuasão penal¹⁶¹.

Dando continuidade às categorias deste período, o tecnicismo jurídico em matéria processual penal serviu de lastro para, autoritariamente, manter as estruturas inquisitoriais que separam os bons dos maus, ofertando a eles uma prestação estatal dura e aflitiva. Tal pensamento sobrevive apesar das tentativas e efetivas alterações (pontuais, registre-se), da legislação vigente, que garante direitos individuais ainda não implementados de maneira global.

Já a Moderna Criminologia, pelo contrário, oferta uma imagem mais complexa do acontecimento delitivo, atribuindo um papel mais ativo e dinâmico aos seus protagonistas (vítima, agressor e comunidade). Destaca, ainda, o lado humano e conflitivo do delito, passando a se preocupar com o castigo de uma maneira secundária, elevando o enfoque de primeira magnitude à ressocialização do agente, à reparação do dano e à prevenção do crime¹⁶².

Nesse sentido, a prevenção do crime pode ser uma preocupação principal ou secundária. Para quem defende que a pena é, primordialmente, uma forma de castigar alguém que praticou um mal (um crime), a prevenção acaba tendo um efeito secundário, último a ser perseguido. Entretanto, a pena deveria atacar a causa do problema, como ensinam Luiz Flávio Gomes e Plabos de Molina¹⁶³: “trata-se, pois, não tanto de evitar o delito, senão de evitar a reincidência do infrator”. A realização dessa demanda exige um processo penal democrático e plural, admitindo, assim, resoluções variadas para problemas diversos, entre essas saídas a mediação.

Prevenir o delito é algo mais do que evitar que o infrator insista na conduta delitiva, sob a ameaça do castigo. O conceito de prevenção não pode se desvincular da gênese do

¹⁶¹ Idem, p. 363.

¹⁶² Ibidem, p. 363-364.

¹⁶³ Ibidem, p. 364.

fenômeno criminal. Isso significa que a intervenção: “reclama uma intervenção dinâmica e positiva que neutralize suas raízes, suas ‘causas’. A mera dissuasão deixa essas raízes intactas”.¹⁶⁴

Ao ponderar essas questões penais, nota-se a importância da eleição de uma política criminal bem delineada, fruto de debates amplos sobre direito material e processual penal, facetas de uma mesma política de tratamento dos problemas sociais rotulados como crime. Não se pode pensar um Direito Penal mínimo, limitado, sem um processo penal acusatório, pois ambos derivam de um plano de governo muito maior e envolvido com questões democráticas.

Não aderir aos planos constitucionais, manter o máximo de dor e aflição na resposta aos criminalizados e expandir a sanha punitiva atende a um governo violento, que se perfectibiliza por meio de um processo inquisidor e, portanto, seletivo. É o que se vê no plano de governo brasileiro, que se mantém autoritário, agressivo e superficial em matéria de sistema penal.

Jacqueline Muniz¹⁶⁵, ao tratar da segurança pública, chama atenção para a forma politicamente rentável da ampliação da violência com que o Estado, especialmente o do Rio de Janeiro, se utiliza de meios e métodos para selecionar e matar pretos e pobres. A espada rasga os termos da lei, atuando de forma ilimitada e desregrada, impassíveis, portanto, de fiscalização e efetividade.

Essa opção é vista no Brasil com o avanço do projeto armamentista, no qual a ideia defendida pelos representantes do governo é se armar, aumentando a tensão entre os cidadãos, que se encaram como inimigos. São alvos do medo muitas vezes produzido para cegar e manter o governo desresponsabilizado¹⁶⁶. “Eu me armo para me defender de você, que se arma para se defender de mim”. Essa lógica estatal, além de criar o pânico, exime o Estado de criar programas sérios e eficazes de, pacificamente, resolver os conflitos sociais. Nesse contexto bélico, é preciso ir além da constatação e pensar em outras formas de encarar o crime, aproximando as pessoas e oferecendo meios pacíficos e dialógicos de resolver esses problemas, sem precisa matar ou morrer.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 364.

¹⁶⁵ Compilado de entrevistas concedidas por Jacqueline Muniz a diversos jornais escritos e emissoras de TV, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tla/v57n2/0103-1813-tla-57-02-0993.pdf> Acesso em 05 jan. 2020.

¹⁶⁶ MUNIZ, Jacqueline em entrevista concedida ao jornal EL País. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/06/politica/1520291984_814554.html Acesso em 20 out. 2020.

Nesse contexto: “muitas políticas criminais identificam-se com este modelo falacioso e simplificador que manipula o medo do delito, e que trata de ocultar o fracasso da política preventiva (na realidade, repressiva) apelando, em vão, às ‘iras’ da lei”.¹⁶⁷

Fracasso. Porque a capacidade do sistema preventivo é aferida através dos efeitos que ela produz e essa conta não fecha, na medida em que os índices de criminalidade, com o rigor legislativo em matéria penal, não reduzem. Exemplo disso é o resultado do aumento do número de encarcerados que, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), totalizou, em julho de 2019¹⁶⁸, 773 mil pessoas presas, sendo cerca de 758 mil no sistema prisional e os 15 mil restantes em outras carceragens, a exemplo de delegacias de polícia¹⁶⁹.

Importante salientar que o número de presos inocentes, sem decisão sobre culpa, encarcerados, portanto, em razão de prisão preventiva, totaliza 253.963 pessoas. Representa, assim, 33,47% do total, cifra que demonstra a opção brasileira, ainda hoje, pela privação de liberdade em detrimento de outras medidas cautelares menos gravosas. As reformas pontuais – a exemplo da tentativa encabeçada pela lei 12.403/2011, que incluiu no código de ritos as cautelares restritivas de direito – não alteram o projeto autoritário (esquematizado por Gloeckner) enraizado no Brasil.

Os dados mostram, ainda, um crescimento dessa população de 3,89% em relação ao apurado em 2018¹⁷⁰. Contudo, o gráfico mais alarmante é o que mostra que faltam 312.125 vagas nas unidades carcerárias do país, já que as disponíveis totalizam 461.026.¹⁷¹

Nota-se, assim, a não correspondência preventiva do atual projeto punitivista estatal. Baseado em uma política criminal autoritária – por isso seletiva e antidemocrática-, insiste em manter os mecanismos de controle e repressão, sem assumir que essas escolhas não vêm dando resultado, ou melhor, apresentam resultados cruéis, pois seguem impondo dor e sofrimento à mesma parcela da população de sempre: pretos, pobres, jovens e periféricos.

Essa política repressiva coloca na conta da polícia muitos dos problemas de segurança pública, situação já denunciada por Jacqueline Muniz. Isso também já foi objeto de

¹⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio; MOLLINA, Antônio Gracia-Pablos de. **Criminologia**, 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 368.

¹⁶⁸ Considerando a data base da pesquisa do DEPEN (julho de 2019), esse número já aumentou na data de escrita e apresentação desta tese, porque os números só crescem.

¹⁶⁹ Dados disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> Acesso em 20 fev. 2020.

¹⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio; MOLLINA, Antônio Gracia-Pablos de. **Criminologia**, 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 368.

¹⁷¹ Em relação ao marcador gênero, apenas para registrar, os dados demonstram que a quase totalidade dos presos é do sexo masculino, representando mais de 90%, e as mulheres representam cerca de 8% dessa população.

inquietação de Marcos Rolim¹⁷², que comparou a atuação estatal nesse viés (da segurança pública) à insensatez da personagem Rainha Vermelha na obra “Através do Espelho” de Lewis Carroll¹⁷³, transcrevendo a cena em que a rainha, de mãos dadas com Alice, manda que a protagonista corra sem parar e cada vez mais rápido, ordem que é obedecida para, ao final, Alice perceber que continuava embaixo da mesma árvore, ou seja, permaneceu no mesmo lugar. Ao realizar a comparação, o autor conclui que o modelo reativo de polícia tem levado ao mesmo “lugar nenhum”, mesmo que desenvolvido no seu grau máximo.

Critica o autor a limitação das atribuições da polícia, defendendo que além de usar a força para reprimir crimes – tarefa que não diminui as cifras criminais-, essa agência de controle deveria ganhar uma perspectiva humanista e contribuir para a civilização, ultrapassando, portanto, a ideia do uso da força na exclusiva atividade de prender criminosos¹⁷⁴.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação à política criminal de um modo geral. Até porque as atribuições policiais são apenas um recorte, um exemplo, fruto dessa mentalidade global e apegada ao enrijecimento do poder punitivo, ampliando o sistema criminal, mas sem reduzir os problemas, como já demonstrado.

Quando Marcos Rolim pondera sobre o que esperar desse movimento reativo policial, asseverando que prevenir o crime pode ser um objetivo alcançado mediante a presença ostensiva dos policiais nas ruas, criando uma sensação de onipresença policial para que os desviantes mudem de ideia ou, em verdade, mudem apenas de lugar¹⁷⁵, esse raciocínio se aplica globalmente à ideia de política criminal de um modo mais amplo.

A empreitada punitivista geral, implementada por uma mentalidade inquisitorial em matéria de direito material e processual penal, segue o mesmo método da Rainha Vermelha, pois os números recentes demonstram a não redução da criminalidade, além de escancararem a incidência seletiva desta força estatal.

Por isso, é equilibrar as forças entre as formas de prevenção, dando ênfase às mais eficazes (primária e secundária), e deixando para a prevenção terciária (a mais violenta e superficial) casos que efetivamente escaparam das anteriores, porém, ainda nas palavras de

¹⁷² ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 2009, p. 18.

¹⁷³ Idem, p. 27.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 21.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 22.

Gomes e Mollina¹⁷⁶: “um rigor desmedido, longe de reforçar os mecanismos inibitórios e de prevenir o delito, tem paradoxalmente efeitos criminógenos”.

Isso é verdade, inclusive para os policiais, como também salienta Marcos Rolim ao registrar uma entrevista realizada no documentário “Notícias de uma guerra particular”, de Salles e Lund, com um oficial da Polícia Militar do Rio de Janeiro. Na ocasião, o servidor se disse cansado ao definir o sentimento a respeito do próprio trabalho. Esse sentimento, fruto das condições inadequadas de trabalho, seus riscos e baixos salários, agrega-se às experiências percebidas no limite do “sem sentido”, sentimento comparado à corrida de Alice com a Rainha Vermelha¹⁷⁷, já que a paz social tem sido atribuída exageradamente ao trabalho das polícias, quando, na verdade, os controles primários e não violentos são meios muito mais eficazes de convivência¹⁷⁸.

Essa ideia de resposta uníssona se sustenta no paradigma na ação penal como pretensão acusatória obrigatória, já que coloca o criminalizado como um inimigo do Estado razão pela qual parte dessa premissa que instrumentaliza o processo colocando-o, segundo salienta Ricardo Gloeckner a serviço de fins extraprocessuais, chamando a atenção para a centralidade desse problema amparado nas categorias italianas, como já mencionado.

A noção de pretensão punitiva percorre décadas no Brasil, produzindo, segundo o autor: (i) a subordinação funcional do processo à consecução de objetivos extrapenais (independentemente da transformação política trazida pela Constituição de 1988); e (ii) a introdução de categorias que pretendem dar conta de uma conciliação entre os dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro e aqueles da Constituição, e que são, em largo espectro, mediadas pelos conceitos tecnicistas empregados na Itália e que foram utilizados na construção de uma doutrina “científica” no Brasil¹⁷⁹.

A ação penal, concebida como imperativo de realização da pretensão punitiva do Estado, ativada pelo Ministério Público, constitui-se como a orientação do processo penal em direção a fins extraprocessuais, com a subordinação do processo penal ao direito material. A pretensão de cientificização do direito processual penal, com a

¹⁷⁶ Ibidem, p. 368.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 32.

¹⁷⁸ Sem falar das criminalizações seletivas e desnecessárias, incrementadoras de um Estado de Polícia acachapante e improdutivo, a exemplo da criminalização das drogas tornadas ilícitas. (KARAM, Maria Lucia. **Escritos sobre a Liberdade, vol.1**: Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009; e KARAM, Maria Lucia. **Escritos sobre a Liberdade, vol.3**: Proibições, riscos, danos e enganos:

as drogas tornadas ilícitas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.)

¹⁷⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 234.

necessária autonomia relativamente ao direito material e processual civil não lograria êxito.¹⁸⁰

O paradigma segundo o qual aquele que pratica uma conduta descrita como criminosa é sempre uma ameaça geral, que justifica a intervenção estatal precisa ser questionado para que se possa influenciar o modo de se resolver os conflitos também por meios horizontais, implementando, assim, o Direito Penal mínimo, reconfigurado por meio de saídas alternativas com a mediação penal.

¹⁸⁰ Idem.

3. A MEDIAÇÃO COMO VIA ALTERNATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS.

Em suma, “comunidade” é o tipo de mundo que não está, lamentavelmente, a nosso alcance — mas no qual gostaríamos de viver e esperamos vir a possuir. Raymond Williams, atento analista de nossa condição comum, observou de modo cáustico que o que é notável sobre a comunidade é que ‘ela sempre foi’. Podemos acrescentar: que ela sempre esteve no futuro. ‘Comunidade’ é nos dias de hoje outro nome do paraíso perdido — mas a que esperamos ansiosamente retornar, e assim buscamos febrilmente os caminhos que podem levar-nos até lá.

(BAUMAN, 2000, p. 196)

Fixadas as premissas básicas sobre o sistema processual que se pretende que a mediação se implemente, faz-se necessário entender que essa via de solução de conflito é mais do que plausível no nosso ordenamento jurídico, é um meio necessário de horizontalização da resposta aos problemas rotulados como criminosos.

Aliás, a pretensão não é apenas adequar a mediação ao sistema acusatório, mas sim o implementar a partir da defesa dela. A recepção pela opção não afluente exige um atuar penal diferente, voltado para uma nova abordagem do crime e, também, um olhar inédito direcionado ao transgressor.

A proposta, ainda, se insere dentro de um ponto de vista positivo em relação ao conflito, enxergando-o como uma oportunidade para a reconfiguração social.

Para tanto, além de entender que essa saída amplia a participação popular na construção da resolução de problemas, ofertando uma musculatura mais densa à cidadania, serão expostas as regulações dessa medida em dois países da América Latina: Chile e Uruguai. Esses Estados foram visitados pela pesquisadora nos anos de 2016 e 2018, respectivamente, quando participou de eventos de processo penal.

Nessas ocasiões, foram ouvidos os atores dos sistemas de justiça criminal daqueles países e conhecidas as suas realidades – ainda que de forma breve, vez que as visitas e palestras foram realizados em uma semana em cada localidade.

Assim, ao transitar pelas nuances da mediação nos termos abaixo consignados a defesa da mediação se insere no contexto ampliado de resolução de problemas

3.1. O CRIME E AS VARIADAS POSSIBILIDADES DE RESPOSTA: ENTRE A JUSTIÇA IMPOSTA E A NEGOCIAL.

A justiça tradicional, aflitiva, impõe penas que não atingem as finalidades prometidas. Pelo menos não as promessas declaradas. Entretanto, para além de questionar essa forma de responder aos comportamentos rotulados como indesejados, é preciso apresentar novas soluções, caminhos diferentes dessa lógica punitivista que só amplia a violência e, consequentemente, a dor imposta aos capturados pelo sistema.

Nessa tentativa de diversificar as respostas aos problemas penais para reduzir a imposição de dor e sofrimento por meio da sua principal pena, que é a privação de liberdade, apresenta-se a mediação como uma das saídas adequadas.

Oportunizar o encontro das partes atingidas pelo delito é alterar profundamente a configuração e a modelagem da cidadania, concretizando a democracia para além da mera representação através do voto no período de eleição, atendendo às necessidades das partes e incluindo, por derradeiro, a vítima no processo de construção de resposta aos seus problemas rotulados como crime.

3.1.1. Ampliando o conceito de cidadania.

O processo penal reprime e constringe o poder punitivo, sendo seu dever se ocupar de problemas de alta gravidade social, por isso plenamente possível o uso de meios negociais também nessa seara da vida em sociedade¹⁸¹. Isso independe da atual mentalidade da maioria da comunidade, pois muitos cidadãos defendem mais rigor punitivo sem entender exatamente o que isso significa, seguindo, muitas vezes, opiniões desprovidas de ponderação, incluindo nessa ausência o resultado prático do efeito deletério do cárcere.

¹⁸¹ O sistema de saídas multiportas já é uma realidade concreta e incentivada em outros ramos do processo, especialmente incrementada por meio do Código de Processo Civil de 2015, sendo, por exemplo, a mediação etapa obrigatória do processo. Fredie Didier Jr. salienta que o novo código institui a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos prevendo o princípio do estímulo da solução do litígio por autocomposição, instituindo-se, portanto, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução n. 125/2012 do Conselho Nacional de justiça), inclusive. Chama a atenção o autor, também, para a necessidade de compreender que a solução negociai não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder- no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. (DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., v. I. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 274.)

A adoção de formas negociais de solucionar conflitos deve ser encarada como uma renovação da teoria democrática, assentada na formulação de critérios de participação política que não a confinem ao ato de votar, como salienta Boaventura de Sousa Santos¹⁸².

Essa constatação implica, pois, uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa, ainda segundo o autor português. Para que tal articulação seja possível é necessário que o campo do político seja radicalmente redefinido e ampliado.

Essa nova teoria democrática deverá proceder à repolitização global da prática social, permitindo a criação de novas oportunidades para o exercício amplo da cidadania, abandonando a ideia liberal que restringia o conceito de cidadão ao homem eleitor. Essa definição limitava temporal e materialmente a cidadania à capacitação momentânea de votar e ser votado, colocando-o de fora do espaço político de modo mais denso e decisivo.

Sobre o tema, Vera Regina Pereira de Andrade¹⁸³ propõe uma cidadania participativa, redutora do sistema penal, a permitir o envolvimento popular nas demais tomadas de decisão. Então, deixa o homem de ser apenas eleitor, já que reduzir o exercício da cidadania ao fenômeno eleitoral diminui o fazer política, na sociedade civil, ao momento eleitoral, designando aos cidadãos onde, como e quando estão autorizadas a fazê-la e a ter acesso ao espaço público.

Ainda nas ponderações da autora, atualmente o Estado detém o monopólio do poder, da política e da democracia e, assim, a cidadania aparece como instrumento para a materialização deste tripé. Por aí se percebe que a cidadania liberal não é uma dimensão que possua um fim em si mesmo, mas foi moldada a partir das exigências institucionais do modelo liberal de sociedade e de Estado. Por isso possui, em primeira instância, um valor instrumental¹⁸⁴.

Ao propor uma amplificação da cidadania, sem desvalorizar a validade e a importância dos direitos políticos, a autora sugere a pluralização da univocidade de sentido em que o liberalismo jurídico aprisionou a dimensão da cidadania, salientando a necessidade de dinamizá-la e resgatar sua historicidade e dimensão política em sentido amplo, pois seus limites são evidentes¹⁸⁵, devendo essa nova onda reverberar no processo penal.

¹⁸² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 270-271.

¹⁸³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 69.

¹⁸⁴ Idem, p. 70.

¹⁸⁵ Ibidem.

Esse novo campo político não é, contudo, amorfo¹⁸⁶.

Politizar significa identificar relações de autoridade partilhada, implementando novas formas de limitá-las não pela simples oposição ao que está posto, mas para efetivamente resolver velhos problemas como é o crime e a sua resposta correlata. Por isso o modelo como um país resolve as questões penais do seu povo serve como medidor do nível de democracia implementado.

Recordando que, segundo James Goldschmidt¹⁸⁷, o modelo de processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua Constituição, logo a uma Constituição autoritária corresponderá um processo autoritário, inquisitório; e a uma Constituição democrática adota um processo penal democrático, acusatório.

Nas palavras do autor:

[...] os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos de sua política estatal em geral. Se pode dizer que a estrutura do processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários *de sua Constituição*. Partindo dessa experiência, a ciência processual tem desenvolvido um número de princípios opostos constitutivos do processo.¹⁸⁸

Ademais, a forma atual de resolver os problemas criminais não atende aos anseios da vítima de forma específica e efetiva, pois o sistema criminal brasileiro prevê a participação desse sujeito processual de modo secundário, equiparando a sua participação ao depoimento da testemunha. Além disso, possibilita a assistência à acusação por meio de defensor e passou a prever, mais recentemente, a necessidade de comunicação em caso de arquivamento de inquérito policial.

Mesmo nos crimes de ação penal privada, em que a legitimidade para deflagração do processo penal é da vítima (que a exerce por meio de um defensor), a resposta ao evento delituoso continua nas mãos do Estado, não tendo relevância o interesse do querelante na solução final do caso.

Por isso que o processo penal brasileiro é insuficiente, devendo o Estado conhecer para ponderar e acolher, com os ajustes necessários, as recomendações do Convênio Europeu sobre a Indenização às Vítimas de Delitos Violentos (1983) e a Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas (1985).

Essas recomendações tendem a melhorar o trato que se destina às vítimas.

¹⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 271.

¹⁸⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona, Bosch, 1935, p. 67.

¹⁸⁸ Idem.

Essa inclusão, segundo destaca Elena Larrauri¹⁸⁹, reduziria a vitimização secundária implementada pelo tratamento desatencioso de toda persecução penal ofertado por Polícia, membros do Ministério Público e Poder Judiciário.

A formalidade e unicidade da sanção penal afasta a vítima das instâncias oficiais de controle, ficando suas questões a margem das preocupações criminais, situação que reforça a manutenção do status de vítima.

Elena Larrauri¹⁹⁰, ao recordar as cifras ocultas do Direito Penal, destaca que muitos delitos não são registrados por essa omissão estatal em relação às vítimas, que muitas vezes não obtêm a solução desejada do sistema e acabam resolvendo suas questões fora dele. Frisa também que muitas nem sabem que foram vítimas de um crime, pois muitos comportamentos são naturalizados, apesar de penalmente típicos. Por fim, a autora chama atenção para grupos sociais que se sentem menos vítimas pela sua idade, gênero ou raça.

Ao abordar o tema, Alessandra Prado e Ney Menezes¹⁹¹ salientam que a cifra oculta da criminalidade não compromete apenas a imprescindibilidade da solução penal, mas desafia também a própria produção de dados sobre os conflitos apresentados ao sistema penal. Arrematam ao afirmar que se as pessoas, em geral, já ficam assustadas com a ideia de impunidade, caso soubessem do número total de eventos criminalizáveis, o resultado seria devastador, pois estariam mais insatisfeitas ainda com a resposta simplista e artificial traduzida no binômio crime/pena.

Essa desatenção às vítimas também informa o baixo nível de democracia que o processo penal brasileiro se encontra pela subtração do conflito e resolução hermética e uníssona de problemas que, muitas vezes, são de duas pessoas.

Ampliar a cidadania é, também, dar consciência e poder às vítimas para que, sabendo que são atingidas pelos delitos, possam resolvê-los, concretizando, por derradeiro, a democracia – que passa de representativa para participativa-, além de tratar da causa penal.

Nessa linha, o agressor também é integrado, podendo participar da construção da solução e, entendendo a repercussão das suas ações, optar por caminhos diversos, não violadores de bens jurídicos.

¹⁸⁹ LARRAURI, Elena. Palestra proferida no **XLVI Curso Internacional de Criminologia**. Barcelona, M. 28-31 out. 1991.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes. PRADO, Alessandra Rapaci Mascarenhas. O Problema da Vingança Privada (Autotutela): Entre o Minimalismo Garantista e o Abolicionismo Radical. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais** | e-ISSN: 2526-0065 | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 61 – 81 | Jan/Jun. 2018

Aproximar as partes envolvidas no conflito, bem como toda sociedade sabedora do problema rotulado como penal, é vetor de expansão da cidadania, na medida em que a resposta estatal é desigual (certos setores sociais e bairros da cidade são menos importantes para a polícia, por exemplo, que escolhe quem é mais ou menos destinatário de proteção estatal), demorada (os atendimentos das ocorrências podem não ser imediatos, bem como as sentenças penais levam muito tempo para serem proferidas) e, muitas vezes, inadequada (a imposição de uma pena pode não corresponder às expectativas e necessidades daquela comunidade específica, que tem dinâmicas e anseios próprios).

Nesse sentido, Nils Christie, representante do movimento abolicionista, conta uma história de relevante valor nesse contexto, lembrando ser o delito um comportamento praticado por terceiros, por pessoas que não circundam a vida dos interpretes, com repercussões diferentes na comunidade com o circunda e na esfera pública, como polícia, ministério público e judiciário.

Nesses termos, para ilustrar que crime é apenas uma forma de valorar um determinado comportamento, traz-se uma passagem do autor que conta um caso que resume o quanto exposto, fazendo uma releitura de fatos sociais.

Este é um caso concreto de comportamento que ocorreu em dois diferentes bairros em algum lugar na Escandinávia. Eu elaborei o caso, mas não o fiz do nada. O material para elaboração foi fornecido pelo antropólogo sueco Aqedaun e por uma vida passada nestes países. O cenário é um pequeno parque, cercado por edifícios de apartamentos. É um domingo antes de meio dia (“hora da igreja” é o nome antiquado para estas horas mortas da semana). É verão. Em várias sacadas de frente ao parque as pessoas estão tomando café, lendo ou relaxando. Chega um homem no parque. Ele carrega sacos plásticos, senta-se entre eles e os abre. Eles contêm garrafas de cerveja, ele abre uma, duas, três, fala um pouco consigo mesmo, depois com algumas crianças que logo se reúnem em torno dele. Ele fala e canta, para o deleite de sua audiência. Depois de algum um tempo, a natureza cobra seu tributo. O homem levanta-se, dirige-se alguns arbustos, abre suas calças e está pronto para mijar. Várias crianças o acompanham para olhar e escutar. E aqui precisamos de dois bairros, e não apenas um, para avançar a história. O parque é o mesmo. O homem é o mesmo. As crianças são as mesmas. As casas cercado o parque são as mesmas. Mas a história das casas é diferente. Um grupo de edifícios de apartamentos – no bairro I – foi construído de maneira moderna, por uma construtora profissional e tudo estava pronto quando os seus proprietários se mudaram; os edifícios totalmente concluídos, com a chave na porta de entrada e um eficiente elevador da garagem a frente de sua porta. A outra situação – no bairro II – tem história mais turbulenta. O construtor faliu. O dinheiro acabou. Nenhum elevador funcionava, nenhuma porta de entrada nos corredores, uma situação desesperadora. Os futuros proprietários foram imediatamente forçados a cooperar para remediar os piores defeitos, combinar ações para consertar portas e tetos defeituosos, fundar comitês para processar o construtor: uma sociabilidade forçada¹⁹².

¹⁹² CHRISTIE, Nils. **Civilidade e Estado**. Trad. Beatriz Scigliano Careiro. In: PASSETTU, Edson e SILVA, Roberto Baptista Dias da (Orgs.). **Conversações Abolicionistas: Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 249.

Feita a proposital ressalva, volta o autor ao homem do parque:

Voltando ao homem do parque. Um homem, meio escondido nos arbustos, cercado de crianças, abrindo suas calças em uma situação favorável para diversas interpretações. No bairro II o caso era claro. O homem era Peter, filho de Ana. Ele teve um acidente quando pequeno, comportava-se de maneira um pouco estranha, mas era tão afável quanto a noite do equinócio de verão é longa. Quando ele bebia muito, bastava ligar para sua mãe que ela vinha e o levava para casa. No bairro I, a situação era diferente. Ninguém o conhecia. Um homem estranho cercado de crianças. Ele expôs seu pênis. Descentes espectadores das varandas correram para o telefone e chamaram a polícia. Um caso de ato obsceno foi registrado, um caso sexual mais sério foi provavelmente evitado. O que mais poderiam fazer os bons vizinhos do bairro I, limitados pela modernidade? Seu construtor não tinha falido. Não foram forçados a se relacionar com seus vizinhos. Eles não foram obrigados a pedir emprestado ferramentas uns dos outros, a cuidar das crianças dos vizinhos enquanto alguns deles iam colocar asfalto nas vias, a frequentar intermináveis reuniões sobre como não perder mais dinheiro com a falência. Eles não foram forçados a se conhecer a criar um sistema fechado. Assim, o conhecimento da existência de Peter e Ana não se espalharia pelo sistema. Eles teriam que chamar a polícia. Peter se tornou um criminoso potencial devido a ausência de falência no bairro I. Ou numa formulação geral: o conhecimento limitado dentro de um sistema social expandi a possibilidade de atribuir a uma ação o significado de crime.¹⁹³

A rotulação de crime que é dada a determinado comportamento ocorre pela falta de conhecimento. Essa é a conclusão que se pode chegar ao analisar a narrativa do autor acima transcrita.

Nesse contexto, métodos alternativos à sanção penal atual, hermeticamente pública, infligida àqueles que cometem atos delituosos são possíveis e ampliam o conceito de cidadania, como pretende Vera Regina Pereira de Andrade¹⁹⁴.

As respostas não satisfatórias reafirmam que as regras sociais podem ser impostas de forma piramidal ou horizontal. Ainda nas linhas de Nils Christie¹⁹⁵:

Tendo isto como ponto de partida, temos que abordar nosso problema assim: primeiro existem ações. A compreensão dessas ações, o sentido dado a elas depende dos quadros sociais em que elas são vistas. Ações não existem, elas tornam-se! Elas adquirem significados através dos processos sociais. O crime não existe, ele é criado através de processos sociais que dão sentido aos atos.

Com tal afirmação, o autor fortalece o que já foi salientado em relação à interpretação acerca de fatos, negando, destarte, a existência de atos hediondos essencialmente, frisando que é o significado dado ao ato que o torna deplorável, atuação que está sob constante pressão e mudanças baseadas em variantes conforme espaço e tempo.

¹⁹³ Idem, p. 250.

¹⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 70.

¹⁹⁵ Idem, p. 248.

Na mesma esteira abolicionista, Thomas Mathiesen¹⁹⁶ defende que “Hoje em dia, uma mudança cultural no sistema penal e uma mudança na direção de um senso de responsabilidade pessoal por parte daqueles que lá trabalham é muito necessário”.

Para o citado abolicionista, questões mais importantes do que o cárcere deveriam ser as preocupações centrais do Estado no trato com o crime, entre elas, apoiar às vítimas de diversas formas, aumentando a proteção e diminuindo a punição do transgressor.¹⁹⁷

Enfim, pontuando todos os atuais problemas verificados no sistema penal atual, o autor busca o desenvolvimento de um espaço público alternativo na área da política penal, contendo três componentes: (i) a liberação do que ele chama de poder absorvente dos meios de comunicação em massa; (ii) a restauração da autoestima e o sentimento de confiança por parte dos movimentos organizados de baixo para cima; e (iii) a restauração do sentimento de responsabilidade por parte dos intelectuais, no sentido mais amplo da palavra.

Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁹⁸ apresenta a ideia do quitandeiro, fazendo uma alusão à finalidade do Direito Penal e a despreocupação com as opiniões dos envolvidos no conflito. Destaca que as variadas causas dos crimes não podem comportar uma única resposta estatal, pois essa postura subtrai o debate sobre as causas do delito.

O autor argentino ilustra a metáfora do quitandeiro da seguinte forma: a uma pessoa que se dirige a uma quitanda e solicita um antibiótico, o quitandeiro diz para se dirigir a uma farmácia, porque ele só vende verduras e frutas. Essa seria a resposta do penalista quando demandado sobre o que fazer com um conflito que ninguém sabe como resolver e ao qual, como falsa solução, é atribuída natureza penal.

O penalista, em seu âmbito de conhecimento limitado, somente seria capaz de responder quando se habilitasse ou não o poder punitivo, e, mesmo assim, sabendo que isso não serviria ou não seria suficiente para resolver o conflito. Essa ideia deixa clara a ausência de participação das partes na resposta ao delito, pois o objetivo não é resolver o problema, mas se livrar dele.

Angela Davis¹⁹⁹, ao indagar se as prisões têm futuro ou se elas estão obsoletas, pondera que, apesar da naturalização da prisão e da sua inclusão no cotidiano das pessoas, o

¹⁹⁶ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI - Abolição, um sonho impossível? PASSETI, Edson e DIAS, Roberto (Orgs.). **Conversações Abolicionistas**: Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 270.

¹⁹⁷ Idem, p. 285.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 184-185.

¹⁹⁹ DAVIS, Angela. **Estarão as Prisões Obsoletas?** Trad. Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018, p. 16.

que acontece dentro dessas instituições não é um assunto debatido. Logo, apesar do cárcere ser algo comum, ninguém quer falar sobre a realidade que se esconde na prisão.

Essa forma de tratar o assunto diz muito sobre como a comunidade se relaciona com o entorno social, e como se dá o trabalho ideológico que a prisão realiza, pois ela livra a responsabilidade da comunidade de tratar dos reais problemas sociais.

Com efeito, a contribuição dos abolicionistas deve ser ressaltada, pois as constatações realizadas por esta parcela da doutrina, que analisa e estuda o sistema penal, possibilitaram o debate e a conclusão pela necessidade de alterações do sistema.

Maria Lúcia Karan²⁰⁰ também contribui para essa inquietação ao salientar que é necessário: “um rompimento com a fantasia perversa que sustenta a opção penal”. Defende, assim, que o movimento abolicionista implica em um necessário passo na construção de um novo caminho, apesar de mais longo e mais distante, mas nem por isso irrealizável.

Nesse sentido, deve-se encarar o abolicionismo como um movimento constante de deslegitimação e limitação do sistema criminal, devendo a resposta penal ser dinamizada para encontrar um *modus operandi* que atenda às suas promessas e às expectativas sociais. É nesse sentido que se apresenta as contribuições abolicionistas e a sua possibilidade de ampliar a cidadania por meio da inclusão de métodos horizontais de solução de conflitos.

3.1.2. As saídas alternativas como forma de resposta aos conflitos rotulados como criminosos.

Pensar em saídas não punitivas é tarefa de pouca preocupação na cultura jurídica brasileira, pois o costume sancionador impera e dificulta o debate sério sobre o tema, considerando diversos fatores, entre eles a duração razoável do processo, a inclusão da vítima na solução dos casos e, ainda, a efetividade dessas vias no desfazimento da espiral da criminalidade. Também fica de fora a necessidade de dedicar atenção para os delitos mais graves, deixando para outras portas a solução dos problemas de menor lesividade, facilitando o acesso à Justiça.

Sobre a necessidade constante de retornar aos temas óbvios, Boaventura de Sousa Santos²⁰¹ já alertava ser necessário voltar às coisas simples, à capacidade de formular

²⁰⁰ KARAN, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. PASSETI, Edson e DIAS, Roberto (Orgs.). **Conversações Abolicionistas: Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 83-84.

²⁰¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 2, n. 2, ago. 1988. Disponível em:

perguntas básicas, questionamentos que, como Einstein costumava dizer, só uma criança pode fazer, mas que, depois de feitas, são capazes de trazer perplexidade.

Como já mencionado, a Lei 13.964/2019 também inovou nesse sentido, ao prever o acordo de não persecução penal com assunção de culpa e possibilitar a negociação entre defesa e Ministério Público para que, em certos casos e sob certas condições, o processo não nasça. Mas é preciso avançar mais, possibilitando que as partes diretamente envolvidas na situação problema participem da construção da resposta ao delito, ampliando as formas de solução para condutas rotuladas como penais.

Até porque o citado acordo vai atingir de forma seletiva o sistema penal, diante da exigência de reparação de dano para a celebração da avença nota-se a manutenção da desigualdade em matéria de benefícios penais, pois esse requisito privilegia os economicamente abastados, deixando, mais uma vez, os clientes penais favoritos – os pobres – fora desse novo espaço penal negocial.

É por isso que se defende formas alternativas de responder aos comportamentos taxados como criminosos, podendo a solução penal ser diversa do processo penal oficial, majoritariamente sancionador e sempre público e vertical, ressaltando o que defende Binder no sentido dar ao termo “eficiência” duplo sentido: a busca pela aplicação da força estatal limitada à garantia de direitos individuais dos acusados, já que o ordenamento jurídico é também um instrumento de proteção da dignidade humana.

Logo, é possível que casos rotulados como crime sejam resolvidos sem a resposta aflitiva tão associada por Álvaro Pires²⁰², que define o atual sistema penal como dominação, por parte do Poder Público, do direito de punir. Atuação realizada atualmente no Brasil de forma hermética e uníssona, que não é questionada de maneira adequada, porque a racionalidade penal moderna impõe uma equação, linear e simplificada, que privilegia uma linha de pensamento medieval, “segundo a qual é a pena aflitiva que comunica o valor da norma de comportamento”, ou seja: a um comportamento ‘x’ aplica-se uma sanção ‘y’.”

Tal imposição sempre se realiza de maneira hermética pelo Estado por meio de um processo frio e mecanizado, atendendo majoritariamente a uma parcela da população que se utiliza do direito para subjugar outra, como salientado anteriormente.

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007>. Acesso em: 20 jan. 2020.

²⁰² PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*. São Paulo, n. 68, mar. 2004, p. 41.

Prega-se que o crime é sempre uma lesão mediata ou imediata à coletividade, e portanto a sanção/resposta precisa ser solicitada, aplicada e executada pelos órgãos do Poder Público, sem a participação ativa dos envolvidos e sempre de maneira afliativa.

Partindo da constatação de que o Código de Processo Penal brasileiro vigente absorveu essas categorias e que essa postura implica no acolhimento da defesa social, em detrimento de garantias fundamentais individuais, defender a inclusão de soluções efetivas e participativas no rol de respostas aos problemas definidos como criminais torna-se essencial.

Usar o Direito Penal como medida extrema e a pena pública como última do catálogo de respostas aos delitos é medida que se adequa a um Direito Penal democrático e, também, harmônico, com uma forma de exercício da cidadania para além da representativa.

Pode-se imaginar que autorizar que a vítima participe da efetiva resolução dos problemas rotulados como criminais pode trazer prejuízo ao agressor. Elena Larrauri²⁰³ destaca que, na realidade, em raras ocasiões a vítima deseja um castigo quando considera reparado o mal causado. Uma maior participação da vítima no processo acentua seus direitos a informação, a participação e a proteção para evitar a demais etapas de vitimização.

Horizontalizar a resposta aos problemas penais é também combater os estereótipos impregnados de vítima e ofensor, superar o impacto emocional e o medo de viver entendendo que o desviante não é um energúmeno, na medida em que o encontro possibilita o confronto do sofrimento da vítima e o valor da eventual reparação realizada pelo agressor.²⁰⁴

A reparação pode ser pecuniária ou não, já que a defesa é no sentido de reparar e não compensar, podendo o acordo final implicar em um pedido de desculpa, em prestação de serviço a uma determinada comunidade ou em pagamento de certa quantia.

A ideia de planificar as respostas aos delitos tem também o objetivo de evitar a espiral de vitimização, ampliando a proteção para combater estereótipos e superar o impacto emocional e o medo ocasionados pelo evento danoso, além de entender que o agressor não é um energúmeno.²⁰⁵

Essa inclusão não desnatura a resposta penal a esses eventos, desde que se consiga desassociar delito de castigo (que, em regra, é doloroso e público). É possível reafirmar o ordenamento jurídico sem impor dor e sofrimento àquele que eventualmente praticou uma conduta rotulada como indesejada.

²⁰³ LARRAURI, Elena. Palestra proferida no **XLVI Curso Internacional de Criminologia** (Barcelona - M. 28-31 out. 1991).

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Ibidem, p. 295.

Ademais, autorizar a participação dos envolvidos, admitindo que eles resolvam seus problemas, é uma saída que homenageia a intervenção mínima aplicada internamente ao processo de solução penal. Oportuniza não só que as demais etapas de vitimização sejam interrompidas, como também a espiral de criminalidade, já que o agressor poderá falar francamente sobre o ocorrido, expondo seu ponto de vista, ouvindo os atingidos pelo evento e também falando sobre o que aconteceu, situação que permite, eventualmente, a conscientização do ofensor e a mudança de postura.

Essa conclusão pode parecer romântica e utópica, mas a opção defendida nesta tese implica, sim, na assunção de um compromisso social mais democrático e humano no trato das questões criminais, em substituição à atual forma de responder aos comportamentos taxados como criminosos.

É certo que muitos delitos não têm vítima determinada, considerando que, na definição dos comportamentos penalmente ilícitos, essa circunstância não é levada em consideração, diante do paradigma público da ação penal, razão pela qual o Ministério Público é o órgão legitimado para deflagrar a ação penal na maioria dos casos.

Ocorre que a principal providência ofertada pelo Estado quando da resposta ao crime (o processo penal tradicional e a imposição de uma pena) não soluciona o problema. Quando muito, o neutraliza e as vezes até o fomenta, criando verdadeiras carreiras criminais de muitos jovens, que não encontram alternativa quando saem do sistema carcerário, retornando ao crime.

Ao considerar que todo comportamento descrito como crime deve ser perseguido pelo Estado, via Ministério Público, o ordenamento jurídico se modela a partir dessa premissa, seguida da ideia de necessidade da pena pública e afliativa, como já pontuado.

Assim, de forma artificial, constrói-se, junto com a ideia de necessidade de castigo estatal, a premissa de que todo desviante precisa ser submetido a um processo penal burocrático, frio e impessoal. Essa ideia de resposta única começa a ser diversificada no Brasil. Primeiro com os crimes classificados como de menor potencial ofensivo e mais recentemente com os acordos de colaboração premiada e de não persecução penal.

Mas a ampliação das vias alternativas deve alcançar outras vertentes como forma efetiva de solucionar os problemas penais, desfazer as espirais de vitimização e criminalidade e, especialmente, dar um novo conteúdo ao conceito de cidadania, oportunizando a concreta participação social também na seara criminal e, assim, instalar uma nova roupagem coletiva diante da desnecessidade da pena pública, afliativa e estigmatizante.

Riccardo Cappelletti questiona se há algo diferente de uma resposta imediata, rápida e conclusiva capaz de abordar os problemas rotulados como criminosos e, ao pontuar que o exercício de pensar o conflito e a violência seja de fundamental importância, numa perspectiva de intervenção, sobretudo num momento em que, no nosso mundo da imagem, a “ação” e a “operacionalidade” tomaram conta da cena, o autor sugere reler o problema e saber qual é a leitura do problema, para vislumbrar caminhos de resposta²⁰⁶.

Ao recordar as diferentes esferas da violência e constatar sua presença inevitável da vida em sociedade, o autor inova ao propor a possibilidade de tratar o conflito para além de um problema, mas também como uma oportunidade, possibilidade de crescimento, meio pelo qual alcançar novos patamares de existência²⁰⁷.

Ao afirmar que o conflito jamais deixará de existir, o autor propõe atravessá-lo para alcançar uma situação mais benéfica do ponto de vista de seus protagonistas²⁰⁸, oferecendo uma visão menos defensiva e mais solidária, portanto.

Ao categorizar alguns tipos de violência (Interpessoal, Institucional e Estrutural) o autor salienta que só a violência interpessoal é objeto de atenção do Direito Penal, que a encara do ponto de vista da punição, descartando, assim, outras formas de abordagem como a educação/terapia e a restauração²⁰⁹. Porém, segue refletindo Riccardo Cappelletti, o resultado esperado das ações de prevenção não é só a limitação da violência, mais sim o estabelecimento de canais de busca permanente, até conflitual, da maneira para se viver juntos.

É ainda o mesmo autor que esclarece que o processo atual, punitivo, centrado no conflito, não permite a prevenção de violências interpessoais, justamente por não permitir aos protagonistas expressarem seus anseios. As saídas não sancionatórias, portanto, se situa essencialmente no âmbito dos conflitos interpessoais, ao abrir as portas para a produção de um clima social propício à valorização da dimensão participativa. Apostando na legitimidade e nas potencialidades dos atores, Riccardo Cappelletti propõe caminhos diferentes daqueles privilegiados atualmente no âmbito da resolução dos conflitos, essencialmente pautados na lógica punitiva²¹⁰.

²⁰⁶ Cappelletti, Riccardo. *Mediação e Prevenção da Violência. Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça* / Organização por Marília Lomanto Veloso, Simone Amorim e Vera Leonelli; Revisão por Eliane Pinheiro. – 1. ed. – Salvador, 2009. p. 27.

²⁰⁷ Idem, p. 28.

²⁰⁸ Ibidem, p. 29.

²⁰⁹ Ibidem, p. 32.

²¹⁰ Ibidem, p. 35.

Acrescenta, sem a pretensão de concluir, que, de certa forma, o castigo perpetua uma dinâmica social centrada na ideia de hostilidade, que enxerga o “outro” em suas potencialidades negativas. E assim propõe uma lógica diferente, ao deslocar a atenção da conflitualidade humana considerada como problema, colocando-a também como campo de entrelaçamento de potenciais positivos. Sugere, assim, a inclusão do “outro” para adequar a capacidade de a autoridade produzir uma solução sozinha, ouvindo a contribuição daqueles diretamente envolvidos no conflito quando da construção à resposta ao caso penal²¹¹.

Por tudo isso é fundamental questionar as vias atuais de respostas aos delitos para ampliar as possibilidades, considerando que, nas palavras de Calmon de Passos, o Direito é instrumento de transformação social e não se pode afastar dele esse inerente compromisso humano.²¹²

3.2. AS VIAS ALTERNATIVAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

A necessidade de ampliar as vias alternativas ao processo penal se lastreia não só na contenção das espirais de vitimização e de criminalidade, mas também na inadequação do confisco pelo Estado do problema penal pela parte artificialmente criada, Ministério Público, que se apropria e decide sobre o uso ou não dessas vias. Isso implica na restrição participativa dos diretamente envolvidos, bem como na submissão do caso ao Poder Judiciário, que homologa os resultados para surtirem efeitos, finalizando os casos.

A União Europeia, por meio da decisão-quadro do seu Conselho, de 15 de março de 2001, criou o Estatuto da Vítima em Processo Penal²¹³. Por meio de diversos “considerandos”,

²¹¹ Ibidem, p. 35.

²¹² Na aula magna proferida no curso de especialização em Processo Civil, J. J. Calmon de Passos disse: "É preciso ter consciência de que nos juristas temos compromisso social, necessariamente. Todos os outros homens de ciência não precisam se comprometer com a sociedade. [...] Quem de nós é um bom advogado sem se comprometer com o interesse do cliente? Ter a coragem de lutar por ele? Não aceitar que ele seja injustiçado? Quem de nós, como membro do Ministério Público, pode exercitar bem a sua função sem a audácia de enfrentar os poderosos? Quem de nós, como magistrado, será um grande magistrado se nas situações limites não disser para ele mesmo 'desse limite eu não passo', eu prefiro sacrificar minha carreira do que passar desse limite. [...] Na hora que você para o seu cliente e não vir nele um problema humano, você está liquidado. Na hora que, você promotor, se empenhar em uma ação civil pública, e não colocar nisso um problema humano, você está liquidado. E quando você for magistrado e começar a julgar autos e não vidas humanas, você está liquidado. [...] Quando a nossa ciência se desvincula de nossos valores ela deixa de ser ciência, deixa de ser tudo." Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=678x3AwXWZs&t=24s> Acesso em 25 mai. 2020.

²¹³ Sobre as considerações da decisão-quadro, vale transcrever o seguinte trecho: “[...] (5) As necessidades da vítima devem ser consideradas e tratadas de forma abrangente e articulada, evitando soluções parcelares ou incoerentes que possam dar lugar a uma vitimização secundária. (6) Por esta razão, o disposto na presente decisão-quadro não se limita a tutelar os interesses da vítima no âmbito do processo penal stricto sensu, abrangendo igualmente determinadas medidas de apoio às vítimas, antes ou depois do processo penal, que sejam susceptíveis de atenuar os efeitos do crime. (7) As medidas de apoio às vítimas do crime, nomeadamente as disposições em matéria de indemnização e mediação, não dizem respeito a soluções próprias do processo civil.

ele aponta, como medida penal, a mediação como caminho apto a proteger essa parte, quando da solução do seu problema. Sem adotar a legislação europeia como referência para esta pesquisa por uma opção geográfica e cultural, é importante citar a situação, ainda que de forma ampla e geral, da perspectiva Europeia da mediação e sua previsão nas programações dos órgãos dirigentes como meio eficaz de atender às demandas das vítimas.

De forma ampla e aberta, o bloco admite a mediação como resposta aos seus problemas criminais, deixando que os seus Estados-membros adotem e disponham internamente sobre a medida. Cita-se a opção europeia apenas para reforçar a argumentação de cabimento da mediação penal, pois a referência que se entende mais adequada é a experiência latino-americana. Isso por uma questão de aproximação geográfica e cultural, como será feita a breve, porém necessária, apresentação da medida no Chile e no Uruguai, países visitados pela pesquisadora, razão pela qual elegem-se como fonte de inspiração para as comparações e contributos.

Ressalte-se, ainda, que, como a proposta desta pesquisa é ampliar o máximo possível a participação popular na resolução das avenças penais, a mediação apresentada ocorre fora da estrutura do Poder Judiciário e até mesmo do Ministério Público (apesar deste órgão participar do processo de encaminhamento e eventual encerramento da demanda). Como será pormenorizado adiante, o órgão acusador irá receber a demanda direta ou as recebidas das polícias, analisar se é caso²¹⁴ de encaminhamento e, sendo, remeterá o procedimento para um centro de mediação²¹⁵, que assumirá o comando dos trabalhos, realizando as tratativas necessárias para o encontro mediado e efetiva solução.

A ideia, portanto, é inédita e atende aos anseios das partes envolvidas, além de minimizar as agruras e marcadores antidemocráticos atuais em matéria de resposta penal.

Antes de indicar quais são as atuais vias alternativas ao processo penal brasileiro, necessário compreender que esses são caminhos diferentes da tradicional, longa, fria e impessoal forma de reagir do Estado diante de um comportamento definido como criminoso

(8) É necessário aproximar as regras e práticas relativas ao estatuto e aos principais direitos da vítima, com particular relevo para o direito de ser tratada com respeito pela sua dignidade, o seu direito a informar e a ser informada, o direito a compreender e ser compreendida, o direito a ser protegida nas várias fases do processo e o direito a que seja considerada a desvantagem de residir num Estado-Membro diferente daquele onde o crime foi cometido”. E prevê como medida penal a mediação do Artigo “Artigo 10º Mediação penal no âmbito do processo penal.1. Cada Estado-Membro esforça-se por promover a mediação nos processos penais relativos a infracções que considere adequadas para este tipo de medida. 2. Cada Estado-Membro assegura que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infracção, obtidos através da mediação em processos penais”. Íntegra da decisão-quadro disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001F0220>. Acesso em 29 mai. 2020.

²¹⁴ O capítulo 4 será destinado a expor os requisitos exigidos para o encaminhamento ministerial.

²¹⁵ No capítulo seguinte serão esclarecidas as nuances desse centro de mediação.

com a apreciação final judicial em forma de sentença e, em caso de condenação, imposição de uma sanção penal. As saídas alternativas, portanto, são formas menos repressivas de solucionar os casos rotulados como delituosos, implicando ou não em reconhecimento de culpa, tendo por consequência ou não o cumprimento de pena e o registro para fins de reincidência.

Adotando esse sistema multiportas de responder aos comportamentos delituosos, o Brasil prevê, atualmente, restritas formas de solução de conflitos penais sem a obrigatoriedade da prestação judicial sobre o mérito do caso, podendo citar a composição civil dos danos e a transação penal. Ambas são aplicáveis aos delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, cabíveis nos crimes que cominem pena máxima de até dois anos, nos termos do artigo 61 da Lei 9.099/1995.²¹⁶

Note-se, desde já, que a mediação penal, aqui proposta, não está prevista neste rol de saídas alternativas.

A composição civil dos danos é uma medida que privilegia a participação dos envolvidos que pessoalmente negociam a providência a ser estabelecida no acordo, podendo se tratar de valores, mas, também, de um simples pedido de desculpas. Assim, o conteúdo da negociação pode implicar em diversas medidas, limitadas à não exposição absurda do suposto autor do fato, situação a ser verificada, quando da homologação, pelo magistrado.

Porém, além do cabimento restrito da composição civil dos danos aos crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles que a pena máxima não ultrapasse dois anos, a medida só surte efeito extintivo, segundo o artigo 74 da Lei 9.099/1995, nos casos de crime de ação penal privada e pública condicionada à representação. Nessas duas hipóteses, a legislação expressamente dispõe sobre a consequente extinção da punibilidade pela homologação da composição civil pelo magistrado, nos termos do parágrafo único do artigo 74 da Lei dos Juizados, que implica na renúncia ao direito de queixa ou de representação²¹⁷.

Assim, o âmbito de incidência da composição mencionada é restrito. Além disso, elege como método de negociação a conciliação, pois o momento de realização é a audiência preliminar, conduzida por um conciliador (servidor presidente da audiência onde se tenta a avença). Ou seja, além do pequeno número de crimes que a admite, a composição, quando

²¹⁶ BRASIL. **Lei 9.099/1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm Acesso em: 11 mai. 2020.

²¹⁷ “Artigo 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

acontece, é fruto de uma conciliação, com os inconvenientes dessa modalidade, que peca pelo não protagonismo das partes na busca pela solução do conflito.

Registre-se que, nos crimes de ação penal pública incondicionada, a composição não tem, segundo a lei, qualquer consequência extintiva do processo, podendo ocasionar, no máximo, uma atenuação da pena ou diminuição da sanção. Nesse sentido, considere-se o artigo 66 do Código Penal²¹⁸, que autoriza que o magistrado atenuie genericamente a pena, ou, ainda, faça incidir a genérica minorante prevista no artigo 16 do mesmo Código²¹⁹. Porém, nos dois casos, o processo seria instalado e a pena imposta e a incidência das eventuais reduções dependeria da interpretação do julgador.

Diante do silêncio legislativo, em atividade no mínimo questionável²²⁰, magistrados presentes no XXIII Encontro do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), ocorrido em Boa Vista/RR no ano de 2008, elaboraram o Enunciado 99, que “cria” uma consequência para a composição civil dos danos nos crimes de ação penal pública. Ele prevê que “Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal”, ou seja, amplia a consequência do acordo inclusive para delitos de ação penal pública incondicionada.

Ao criarem um novo conceito para a justa causa, condição necessária para o exercício da ação penal, possibilitam que o membro do Ministério Público deixe de oferecer denúncia quando, na audiência preliminar, vítima direta e suposto autor do fato se entendam. Pode-se citar como exemplo um caso de desacato em que o policial aceita as desculpas do seu agressor. Diante do texto da Lei 9.099/1995, ou seria celebrada uma transação penal entre o autor do fato e o Ministério Público, ou se deflagraria o processo penal.

Isso porque as hipóteses de extinção da punibilidade não só se aplicam ao delito previsto no artigo 331 do Código Penal, pois delito contra Administração da Justiça, logo, de ação penal pública incondicionada. Porém, considerando-se válido o enunciado citado, o processo pode ser não instaurado e o procedimento arquivado diante da composição celebrada.

²¹⁸ Artigo 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

²¹⁹ Artigo 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

²²⁰ Em muitos desses enunciados, o que se verifica é uma espécie de criação de dispositivos quando não há verdadeira alteração da Lei 9.099/1995 por parte de membros do Poder Judiciário. Trata-se de comportamento antidemocrático, considerando a separação dos poderes e o respeito ao devido processo legislativo. Esse ativismo, por mais bem intencionado que possa parecer, fere de morte o sistema republicano previsto na Constituição Federal de 1988.

Não é a providência por si só que se questiona, mas a usurpação descabida da competência legislativa por parte de membros do Poder Judiciário. Até porque a tese defendida nesta pesquisa pode ser considerada a defesa de um aumento da composição civil em outros termos e com outra amplitude. Mas, para a realização dessa defesa, é preciso se alterar a legislação, especificamente o Código de Processo Penal, com todas as ponderações e justificativas necessárias ao intento democrático aqui exposto.

Outra via alternativa ao processo penal é a transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995. Ela é aplicável aos crimes de ação penal pública, seja condicionada à representação ou incondicionada, cabendo também em casos de delito de menor potencial ofensivo, desde que não seja caso de arquivamento do Termo Circunstanciado de Ocorrência, o suposto autor do fato não tenha celebrado outra avença desta natureza nos últimos cinco anos²²¹, não ter sido condenado a pena privativa de liberdade pela prática de crime, além de circunstâncias pessoais indicarem a medida.

Cumpridas as condições, o cidadão cumpre “pena”²²² a ser indicada pelo Ministério Público que pode ser prestação de serviço à comunidade ou uma multa, esta última, mais conhecida como pagamento de cestas básicas diante da prática cotidiana de converter a sanção em entrega de alimentos em instituições cadastradas para recebê-las.

Registre-se que a transação penal é a única via alternativa com residência constitucional, conforme dispõe o artigo 98 da Carta Magna. Sobre essa medida, saliente-se que não importa a vontade da vítima sobre a realização ou não do acordo, como tão pouco opina sobre o conteúdo da avença. Cabe ao promotor de justiça a análise, oferecimento e cláusulas da proposta. Ademais, apesar da não implicação de reincidência ou registros para fins de antecedentes criminais, a medida implica em ônus para o celebrante, razão pela qual muitos autores, a exemplo de Prado²²³, criticam a medida, pois entendem que tem caráter de pena.

Destaque-se, ainda, que na transação penal, pela redação do artigo 76 da Lei 9.099/1995, é o promotor de justiça que, havendo justa causa para o processo, oferece a medida alternativa ao oferecimento da denúncia. Logo, a vontade da vítima é desconsiderada.

²²¹ Para quem considera válidos e legítimos os enunciados do FONAJE, esse prazo previsto no artigo 76, parágrafo 2º, inciso IV da Lei 9.099/1995 não se aplica no caso de porte de droga para consumo pessoal, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, conforme “dispõe” o Enunciado 115 do FONAJE.

²²² A expressão segue entre aspas porque os efeitos são diversos dos legalmente atribuídos a esta modalidade de sanção, como, por exemplo, a reincidência.

²²³ PRADO, Geraldo. **A Transação Penal quinze anos depois.** Disponível em: <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Transa%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf> Acesso em 27 mai. 2020.

Deve-se registrar, ademais, que os Enunciados 70 e 71 do FONAJE²²⁴ autorizam que os conciliadores transmitam a proposta na audiência preliminar, que pode ocorrer, considerando válido as proposições elaboradas pelo encontro nacional dos magistrados que atuam nesse órgão de justiça, sem a presença do representante ministerial²²⁵.

Outra via alternativa é a suspensão condicional do processo, prevista também na lei 9.099/1995. Aplica-se a crimes com pena mínima de até um ano, independentemente da quantidade da pena máxima abstratamente cominada, ou seja, aplica-se o referido instituto a delitos não classificados como de menor potencial ofensivo, a exemplo do homicídio culposo e estelionato.

Nesse caso, cumpridos certos requisitos²²⁶, o denunciado pode aceitar a proposta articulada pelo Ministério Público, quando do oferecimento da acusação, submetendo-se a algumas condições²²⁷.

Se for assim, o processo a ser suspenso precisa ser instaurado, razão pela qual deve o magistrado analisar se estão presentes as condições da ação (artigo 395 do Código de Processo Penal), bem como as hipóteses de absolvição (artigo 397 do Código de Ritos), antes de tratar da suspensão condicional do processo, já que menos benéfica ao acusado quando comparada às demais saídas citadas.

Aceita a proposta de suspensão condicional do processo, o réu passa a cumprir as condições estabelecidas e, após o período de prova sem revogação do benefício, declara-se extinta pela punibilidade e arquivam-se os autos, nos termos do artigo 89 da multicitada Lei 9.099/1995.

²²⁴ ENUNCIADO 70 – “O conciliador ou o juiz leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação (XV Encontro – Florianópolis/SC). ENUNCIADO 71 (Substitui o Enunciado 47) – “A expressão conciliação prevista no artigo 73 da Lei 9099/95 abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador ou pelo juiz leigo, nos termos do artigo 76, § 3º, da mesma Lei (XV Encontro – Florianópolis/SC).. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimos-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais/> Acesso em 26 mai. 2020.

²²⁵ Juízes legislavam por meio dos enunciados do FONAJE.

²²⁶ Lei 9.099/1995, Artigo 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

²²⁷ Lei 9.099/95, Artigo 89 [...] § 1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. § 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. ■

Ressalte-se que, aos acusados por delitos envolvendo violência doméstica contra a mulher no contexto da Lei 11.340/2006²²⁸, não se aplica nenhuma das três medidas alternativas supramencionadas, nos termos do artigo 41 da citada legislação. Tal entendimento foi questionado no STF e mantido pela corte de justiça quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, julgada em 09 de fevereiro de 2012²²⁹.

Uma via alternativa ao processo, tratando do crime organizado, está prevista na Lei 12.850/2013²³⁰, que dispõe sobre a colaboração premiada e sobre a possibilidade de não processo caso o delator forneça elementos de prova que auxiliem na elucidação de novos fatos criminosos ou autores de delitos, podendo acarretar no não oferecimento de denúncia, dependendo da extensão e importância das informações.

Esta modalidade de avença segue sendo altamente questionada, inclusive por beneficiar os criminosos economicamente mais abastados, diante da concessão do benefício aos membros mais envolvidos na organização criminosa, como já discutido.²³¹

Em 2019, o Código de Processo Penal brasileiro foi alterado por meio da Lei 13.964, para incluir o denominado acordo de não persecução penal²³², podendo o Ministério Público, em caso de não arquivamento da investigação preliminar, nos crimes com pena mínima de até quatro anos, cumpridos outros requisitos e impostas certas condições, oferecer redução e substituição da pena e sua imposição imediata. Logo, não será instaurado o tradicional processo penal nesses casos.

Nota-se que todas as saídas alternativas, ou seja, aquelas diversas da prestação judiciária longa e complexa, por meio de um procedimento penal, seus recursos e posterior execução da sanção imposta, mantém a vítima alheia à construção final da solução do caso, exceto na hipótese de composição civil dos danos onde a negociação envolve vítima e

²²⁸ BRASIL. **Lei 11.340/2006**. Brasília, DF: Senado Federal, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em 11 mai. 2020.

²²⁹ A dissertação de mestrado desta autora questionou a eficácia da providência em relação à vedação a qualquer saída alternativa ao processo oficial como meio de solução dos casos dessa espécie de violência. Questionou também a crença no paradigma aflagante imposto a esses agressores, que vivem em um ambiente cultural machista impregnado na sociedade brasileira. Recomenda-se, sobre o tema, a leitura do trabalho. (CORREIA, Thaize de Carvalho. **Justiça Restaurativa: Método Adequado de Resolução dos Conflitos Jurídico-Penais Praticados Contra a Mulher em Ambiente Doméstico**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2012.)

²³⁰ BRASIL. **Lei 12.850/2013**. Brasília, DF: Senado Federal, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm Acesso em: 11 mai. 2020.

²³¹ O carácter efficientista da medida foi tratado no tópico 2.1.1 desta pesquisa intitulado “Perspectivas Minimalista e Abolicionista e a Lógica Efficientista”.

²³² O nome do acordo não é adequado, tendo em vista que se entende por persecução penal a atividade estatal envolvendo investigação e ação penal e o acordo evita, apenas, a segunda fase da atividade. Logo, já houve a etapa preliminar de colheita de elementos informativos.

agressor que tratam do seu problema em uma audiência de conciliação, nos termos do artigo 72 da Lei 9.099/1995.

Ademais, a oferta desses benefícios pressupõe, ainda, a participação efetiva do Poder Judiciário, já que todos os casos dependem da homologação judicial para surtirem efeitos. Em algumas hipóteses, o juiz pode, inclusive, discordar da celebração da avença, como no caso do recente acordo de não persecução e de delação premiada, nos termos do § 7º do artigo 28-A do Código de Processo Penal e do § 8º do artigo 4º da Lei 12.850/2013.

Ou seja, as atuais saídas alternativas ao processo penal, além de exigirem a participação do Judiciário, dispensam a participação da vítima, uma vez que a legitimidade para propor tais saídas, com exceção da composição civil dos danos, é do Ministério Público. O parquet é o titular da ação penal e indicado na legislação para oferecer tanto a Transação Penal, como a suspensão condicional do processo, como o acordo de não persecução e de colaboração premiada.

Logo, a participação da vítima é extirpada do processo de solução dos conflitos, ficando a cargo do Estado a resolução dos problemas que, muitas vezes, são de duas pessoas e elas poderiam se sentar e conversar sobre suas questões, ainda que rotuladas de crime, decidindo pela medida mais adequada à sua controvérsia.

Ademais, todas as medidas expostas dependem de aprovação do Poder Judiciário, de uma instituição paternal que interceda para dar validade e legitimidade aquela solução que será homologada pelo órgão judicante competente, situação que demonstra a baixa a participação democrática.

Essa não é uma realidade isolada do Brasil. A intervenção judiciária é verificada em outros países, inclusive naqueles Estados em que a mediação é estendida para conflitos penais, como o Chile e o Uruguai, como se passa a expor.

3.3. AS VIAS ALTERNATIVAS NO CHILE E NO URUGUAI: ADEQUAÇÕES DO SISTEMA ACUSATÓRIO.

A escolha de apresentar a mediação nesses dois países se deve à visita realizada pela autora desta tese, nos anos de 2016 e 2018, respectivamente. Nessa oportunidade, estudou, por meio de dois cursos locais, a implementação do sistema acusatório nesses Estados, conhecendo de perto alguns institutos, bem como a forma como ocorreu a transição do sistema inquisitório para um sistema acusatório nesses dois sítios.

O primeiro curso foi promovido pelo Centro de Estudos de Justiça das Américas²³³ (CEJA), pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). O curso se chamou Programa de Capacitação “Ferramentas Para a Implementação de um Sistema Acusatório no Brasil”²³⁴ e teve a participação de 42 professores brasileiros²³⁵, que permaneceram no país por uma semana, entre os dias 28 de junho e 01 de julho de 2016, participaram de aulas e assistiram audiências, além de visitarem o centro de justiça onde acontecem as audiências. A estadia e o encontro foram paradigmáticos, considerando, especialmente, a reação inicial de muitos dos participantes que, descrentes, começaram o curso sem muita esperança de mudança, mas saíram daquela viagem entusiasmados com a possibilidade de efetiva implementação do sistema acusatório no Brasil.

Do curso emergiu um livro, no qual os professores abordaram a experiência e as contribuições chilenas para a transição brasileira. Ressalte-se que a destinação do curso para docentes não se deu por acaso. Leonel Gonzalez²³⁶ destaca a necessidade de alcançar a academia, ao considerar que a herança processual penal italiana influenciou não só a legislação e a prática judicial, autoritárias, mas também o desenvolvimento de movimentos acadêmicos no Brasil. Por isso, afirma a necessidade de repensar a função da academia. Conclui que a reforma da justiça penal precisa de um movimento acadêmico que se nutra de sua história, mas que contribua com novas ideias e reflexões que sejam condizentes com as necessidades da sociedade na atualidade.

Antes de tratar das saídas alternativas aos dramas delitivos nos dois países, é preciso pontuar a adoção do princípio da oportunidade do exercício da ação penal em ambos os

²³³ Originalmente designado como *Centro de Estudios de Justicia de la Américas*, com sede na

²³⁴ O conteúdo programático do curso foi assim ementado pelos facilitadores: Módulo 1: *Panorama general de la reforma a la Justicia Penal en América Latina La experiencia de la reforma procesal penal de Chile y la situación de la justicia penal en Brasil* Módulo 2: *Función del Ministerio Público en un sistema adversarial. La experiencia de las Fiscalías Regionales de Santiago de Chile.* Módulo 3: *Estructura de un proceso penal por audiencias* Módulo 4: *La situación de la prisión preventiva y los servicios previos al Juicio en América Latina.* Módulo 5: *Organización de la defensa y rol del defensor* Módulo 6: *El rol de la capacitación en un sistema reformado* Módulo 7: *La organización de los tribunales y la gestión judicial.* Tendo como expositores, entre outros: Jaime Arellano, *Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*; Leonel González, *Coordinador de Capacitación del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*; Marco Fandiño Castro, *Coordinador de Estudios y Proyectos del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*; Paz Pérez Ramírez, *Directora Ejecutiva Regional de la Fiscalía Metropolitana Centro Norte de Santiago de Chile*; Andrés Mahnke Malschafsky, *Defensor Nacional de Chile* e Eduardo Gallardo, *Juez de Garantías de Chile.*

²³⁵ Da Bahia foram, além da autora desta tese: Antônio Alcebíades Vieira Batista da Silva, Elmir Duclerc Junior, Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro, Lucas Pinto Carapiá Rios e Rômulo de Andrade Moreira.

²³⁶ GONZALEZ, Leonel. *Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: Lições A Partir da Experiência na América Latina. Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil.* Santiago (CL): CEJAS, 2017, p. 16,

Estados, opção que diverge da brasileira, diante da adoção do princípio da obrigatoriedade, que será enfrentado mais adiante, quando da defesa da mediação no capítulo seguinte. Pontuar essa realidade se torna imperativo, na medida em que seria um ponto de controvérsia, caso não fosse esclarecido de logo.

Ademais, como já salientando, os países que compõem a América Latina passaram por um processo parecido de redemocratização nos anos 1980 e 90. Entre essas mudanças estão as previsões legais de saídas alternativas, com reconhecimento doutrinário e regulação legal, merecendo a exposição das situações.

3.3.1. A mediação penal no Chile.

Sobre a atual situação do sistema processual penal do Chile, importante destacar que o seu início ocorreu nos anos 2000, havendo alterações legislativas, administrativas e culturais. Ocorreu de maneira gradual em diferentes regiões do país e mudou o modelo processual penal inquisitivo de então, transformando-o em acusatório, com audiência pública, prezando por oralidade e exercício do contraditório.

Além das necessárias mudanças, a passagem do sistema se deu do interior para a capital Santiago, facilitando a implementação e correção de eventuais equívocos, ajustando os instrumentos, sejam eles tecnológicos ou humanos, para o efetivo cumprimento dos preceitos fundantes do sistema processual penal compatível com a Constituição chilena e os fins democráticos.

Entre diversas mudanças, o Chile ampliou o sistema de saídas alternativas ao processo tradicional, encampando medidas como acordos reparatórios e suspensão condicional do processo. Não há, adiante-se, expressa menção à mediação penal no Código de Processo Penal chileno, porém nesses dois casos de solução, a mediação tem cabimento como método ou condição. É o que defende, por exemplo, Alejandra Díaz²³⁷.

A autora chama atenção para a não adoção, no texto legal, da mediação em matéria penal, salientando, entretanto, que o país já admite a mediação em diversas áreas, como direito de família e trabalhista. Assim, as saídas alternativas são fomentadas nessas matérias e legalmente regulamentadas, sendo possível defender o uso da referida técnica também na seara criminal.

Entre as alterações chilenas, o acordo reparatório passou a integrar o rol das chamadas saídas alternativas ao Processo Penal, que constituem formas de encerramento antecipado do

²³⁷ DÍAZ, Alejandra. La experiencia de la mediación penal en Chile. *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Artigo 1, p. 6, Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1 Acesso em 04 jun. 2020.

feito. Tais medidas são a suspensão condicional do procedimento e os acordos reparatórios, que não têm um procedimento previsto em lei, razão pela qual podem incluir a mediação como método para a realização de ambos.

Sobre essas formas de solucionar o caso penal, Díaz²³⁸ esclarece que são uma clara manifestação da incorporação, no Direito Penal chileno, dos interesses da vítima na obtenção da reparação dos danos causados pelo delito. Expressam também a orientação dos direitos material e processual penal para atender uma diversidade de respostas ao conflito jurídico penal, sem esquecer que esses mecanismos descongestionam os sistemas penais do tipo acusatório, que incorporam o princípio da oportunidade na persecução penal, permitindo que muitos casos se resolvam por vias mais informais, com menos tempo e recursos.

Ao chamar atenção para a incorporação de práticas restaurativas no rol de soluções para os casos penais, a autora frisa que os acordos reparatórios se dão entre vítima e imputado. São realizados de forma livre e com pleno conhecimento de seus direitos, mediante a assunção de compromisso do imputado em reparar a vítima de uma forma satisfatória para ela. A avença é aprovada pelo juiz de garantia, ocasionando a extinção da responsabilidade penal, quando cumprido.

De acordo com o artigo 335 do Código Processual Penal do Chile, a aderência do imputado ao acordo reparatório não implica no reconhecimento de sua culpabilidade ou da veracidade dos fatos que se lhe imputam, isto é, ao aceita-lo, tão-somente manifesta sua livre vontade de cooperar com uma saída alternativa ao processo penal e às suas consequências²³⁹.

O próprio Código de Processo Penal prevê que o promotor de justiça deverá promover, durante o curso do processo, acordos patrimoniais, medidas cautelares ou outros mecanismos que facilitem a reparação do dano causado à vítima. Esse dever não importará no exercício das ações cíveis que possam corresponder à vítima. Então, nota-se, no sistema de justiça chileno, uma mudança paradigmática na postura do Ministério Público, que passa a ser um órgão preocupado com a situação da vítima, para além de acusar aqueles que praticam crimes.

Também por isso as saídas alternativas são adotadas e a postura do órgão precisa se ajustar a essa nova demanda, que é olhar para os interesses da vítima e dar concretude a saídas alternativas, conforme previsto no código de ritos chileno.

Sobre o procedimento dos acordos reparatórios, dispõe o artigo 241 do Código de Processo Penal chileno que o imputado e a vítima poderão celebrá-los, sendo aprovados pelo

²³⁸ Idem.

²³⁹ CHILE. Lei 19.696/2000. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso 03 jun. 2020.

juiz das garantias em audiência à qual serão citados os intervenientes e escutadas suas condições. Nessa oportunidade, verifica-se que os acordantes se manifestem de forma livre e plenamente consciente de seus direitos. Díaz²⁴⁰ aduz que doutrina e jurisprudência têm entendido que esta reparação pode ser material ou simbólica e consistir, inclusive, em um pedido de desculpa.

No mesmo artigo, o legislador especifica o cabimento dos acordos, ao dispor que só podem se referir a fatos que afetem bens jurídicos disponíveis de caráter patrimonial, lesões menos graves ou delitos culposos. Há, ainda, no dispositivo, previsão expressa de fiscalização, pelo magistrado, da liberdade do consentimento das partes e de haver ou não interesse público que prevaleça na continuação da persecução penal, registrando que esse interesse decorre da reiteração dos atos praticados pelo imputado. Ou seja, além de definir o curto espectro de cabimento do acordo reparatório, o dispositivo deixa a cargo do juiz admiti-lo ou não em caso de reincidência.

Diante do texto legal, a doutrina admite o acordo em crimes culposos, incluindo homicídio dessa modalidade²⁴¹.

Sobre os efeitos penais do acordo reparatório, o artigo 242 do Código de Processo Penal chileno dispõe que, uma vez cumpridas as obrigações assumidas pelo imputado no acordo reparatório ou garantida devidamente a satisfação da vítima, o tribunal declarará o sobrestamento definitivo, total ou parcial, da causa. Assim, será extinta, total ou parcialmente, a responsabilidade penal do imputado.

Em sequência, o artigo 243 do mesmo código prevê efeitos civis para o acordo reparatório. Dispõe que, homologada a decisão judicial que aprovar o acordo reparatório, sua execução poderá ser solicitada ante o juízo de garantia em conformidade com o estabelecido pelos artigos 233 e seguintes do Código de Processo Civil.

Porém, em 2005, editou-se a Lei 20.074, que alterou o artigo 242 do Código de Processo Penal chileno para, entre outras providências, determinar que, nos casos de acordo reparatório, o processo ficará sobrestado, aguardando o cumprimento do negócio, sob pena de continuidade da persecução penal.

Ao destacar que o acordo pode ser feito desde o início das investigações até a audiência preparatório do juízo oral, o artigo 245 da Lei 19.696/2000 consagra o sistema por

²⁴⁰ DÍAZ, Alejandra. La experiencia de la mediación penal en Chile. *Polít. crim.* Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Artigo 1, p. 6, Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1 Acesso em 04 jun. 2020.

²⁴¹ Idem.

audiência. Dispõe que, requerido o acordo, o juiz intimará as partes para nova audiência. A ela poderão comparecer todos os terceiros intervenientes no processo.

Celebrado o acordo, nos termos do artigo 246 do código de ritos do Chile, a avença será registrada provavelmente pelo Ministério Público, com o objetivo de verificar o cumprimento das condições acordadas. Logo, o negócio não gera reincidência para fins penais.

Ao manter a confidencialidade das tratativas e conteúdo do acordo reparatório, o artigo 335 do Código de Processo Penal chileno dispõe que, havendo a instalação posterior de processo decorrente do inadimplemento da avença, não se poderá invocar, dar leitura ou admitir como meio de prova no julgamento oral nenhum antecedente que se relacione com a proposta, a discussão, a aceitação, o procedimento, a rejeição ou a revogação de um acordo reparatório.

Nota-se, pela redação dos artigos, que não há menção expressa à mediação. Porém o método para a celebração do acordo reparatório não está previsto no ordenamento jurídico chileno, sendo, portanto, a via cabível e defendida por autores chilenos, a exemplo de Díaz, que, apesar de o legislador não mencionar expressamente a mediação no marco dos acordos reparatórios, diante da natureza autocompositiva desses acordos, nada impede que sejam celebrados através da mediação penal, sempre e quando se cumparam os requisitos legais.²⁴²

A defesa parece plenamente cabível diante da ausência legislativa de um procedimento sobre as tratativas precedentes ao acordo reparatório. Do mesmo modo, é defensável o uso da técnica de mediação nos casos de suspensão condicional do processo, prevista no artigo 238 do Código de Processo chileno.

Essa saída consiste na suspensão da investigação ou do processo por um tempo determinado, que varia de um a três anos segundo os artigos 237 e 238 da legislação de ritos do Chile. Deve o imputado aceitar e cumprir certas condições aprovadas em audiência realizada pelo juiz das garantias.²⁴³ Tem cabimento a suspensão condicional do processo nos casos envolvendo delitos com pena máxima de até três anos.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Registre-se que no Chile esse juiz das garantias, além de controlar a prisão em flagrante e determinar, eventualmente, as medidas cautelares necessárias à fase de colheita de elementos informativos, participa das saídas alternativas.

Entre as condições elencadas²⁴⁴, encontra-se uma facultativa e aberta no seu conteúdo, disposta na letra “g” do artigo 238. Ela prevê que outra condição que resulte adequada às circunstâncias do caso concreto pode ser proposta fundamentadamente pelo Ministério Público. Cumpridas as condições, extingue-se o feito, nos termos do artigo 240 do código processual chileno.

Importante salientar, ainda, que a legislação dispõe, no seu artigo 239, sobre a revogação da suspensão em caso de descumprimento injustificado ou reiterado de tais condições.

Pelas notas, pode-se afirmar que, apesar de não prever expressamente a mediação como técnica de resolução de conflito penal, o método pode ser utilizado, como a própria doutrina chilena defende e se implementa por meio de projetos e centros de mediação estatais e privados.²⁴⁵

3.3.2. A mediação penal no Uruguai.

No Uruguai, a passagem do sistema inquisitório para o acusatório é bem mais recente, merecendo o destaque nesta tese em razão da visita realizada àquele país em novembro de 2017, em encontro realizado pelo Observatório da Mentalidade Inquisitória²⁴⁶, contando

²⁴⁴ As condições estão elencadas no rol do Artigo 238, valendo a transcrição: “*Artículo 238. [...] a) Residir o no residir en un lugar determinado; b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza; d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación; e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento; f) Acudir periódicamente ante el ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas; g) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo, y h) Otra condición que resulte adecuada em consideración con las circunstancias del caso concreto de que se tratare y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.*” (CHILE. **Lei 19.696/2000**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em 03 jun. 2020.)

²⁴⁵ Díaz exemplifica um órgão estatal citando o Centro de Mediação de Santiago que fica dentro da chamada Corporação de Assistência Judicial (CAJ), órgão que tem por objeto proporcionar assistência jurídica gratuita às pessoas que tem escassos recursos e não podem. Essas corporações prestam seus serviços por meio de estudantes egressos das escolas de Direito, que devem realizar suas práticas profissionais nessas instituições como requisitos para se titularem. Como instituição privada, a autora cita o Centro de Resolução Alternativa de Conflitos (CREA) como uma iniciativa do mundo universitário, com apoio do Estado através do Ministério de Educação, para fomentar o uso de meios alternativos de resolução de conflitos, ressaltando que este Centro começou fazendo mediação em âmbito familiar e logo se estendeu, ainda que timidamente, à mediação de casos penais. (DÍAZ, Alejandra. La experiencia de la mediación penal en Chile. **Polít. crim.** V. 5, Nº 9 (Julio 2010). Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1 Acesso em 04 jun. 2020.)

²⁴⁶ O Observatório da Mentalidade Inquisitória, conforme consta no seu site, nasceu de iniciativas de pesquisa empreendidas em diferentes faculdade e universidades, por várias pessoas, de modo que sua verdadeira sede está nas mentes e corações daqueles que não economizam esforços para que os propósitos do grupo sejam atingidos. Já como atividade de pesquisa acadêmica, o Observatório tem uma finalidade muito simples, porém ousada: produzir e divulgar conhecimento que permita à comunidade jurídica reconhecer a nefasta permanência da mentalidade inquisitória, a despeito dos quase 30 anos da Constituição de 1988, no processo penal brasileiro. Tal permanência opera efeitos contundentes e bastante amplos no cotidiano do sistema penal e, também, na

também com a participação de diversos professores do Brasil.

O processo de transformação do sistema processual penal uruguaio ocorreu em 2017, com a entrada em vigor da Lei 19.293/2014. Inicialmente estava prevista para entrar em vigor em 2016, porém, diante de diversas alterações substanciais, o código de ritos entrou em vigência em 1º de novembro de 2017.

Assim, instalou uma legislação processual penal coerente com os requerimentos estabelecidos na Constituição da República Uruguaia e em tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

O processo de implementação do sistema acusatório adotou a oralidade durante as audiências, melhorou os níveis de transparência e incluiu as vias alternativas ao processo penal tradicional, sensibilizando as instituições para uma gestão mais eficiente e coerente com as exigências democráticas.

Ao considerar a data de vigência da nova legislação, não se tem ainda vasta aplicação dos novos institutos e paradigmas, valendo a ressalva diante da eleição do país que se usa como referencial da nova experiência.

Sobre as saídas alternativas, a Lei 19.436/2016 alterou o Código de Processo Penal (Lei 19.293/2014) para incluir o Livro VI, denominado de Vias Alternativas de Resolução do Conflito, na legislação e regulamentar a mediação extraprocessual, a suspensão condicional do processo e o acordo reparatório, conforme os artigos compreendidos entre o 382 e o 401 do código de ritos.²⁴⁷

O livro se divide em quatro títulos: Título I – mediação extraprocessual (artigo 382); Título II – Suspensão Condicional do Processo (artigos 383 ao 392); Título III – Acordos Reparatórios (artigos 393 ao 395) e Título IV – Aspectos Gerais das vias alternativas de resolução do conflito (artigos 396 ao 401).

Frente a um fenômeno tão disruptivo, a incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos (MARCAs) é observada pela doutrina com a necessária cautela e condicionamento garantista, como salienta, por exemplo, Ignacio Bracesco²⁴⁸.

formação dos juristas. Superá-la é condição de possibilidade de um processo penal calcado na constituição e orientado a valores democráticos. Site oficial disponível em: <https://www.observatoriomi.org.br/observatoriomi>. Acesso em 08 jun. 2020.

²⁴⁷ Registre-se que, pela própria data da reforma, a literatura ainda é diminuta sobre o tema, como o próprio Bracesco salienta no seu livro, que destina um capítulo ao tema das saídas alternativas.

²⁴⁸ BRACESCO, Ignacio M. Soba. **Proceso Penal Uruguayo**: Estructuras procesales y vías alternativas. Montevideo: Universidad de la República, 2020. Disponível em: <http://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/2020/05/libro-gratuito-de-acceso-publico.html>. Acesso em 07 jun. 2020.

O artigo que versa sobre mediação penal dispõe que, quando se tratar de condutas com aparência delitiva sem gravidade, o Ministério Público pode enviar o caso para formas extraprocessuais de resolução de conflito (artigo 382.1).

Nota-se, desde já, a ampla discricionariedade do órgão, pois o artigo não prevê os casos que podem ser encaminhados por meio de critérios objetivos. Entretanto, exclui os delitos de violência sexual, exploração sexual e violência doméstica, assim como os crimes cometidos como forma de exercer violência baseada em gênero, conforme dispõe o artigo 382.7 – dispositivo incluído pela Lei 19.549/2017.

Determina, ainda, que o Poder Judiciário se manifestará sobre o acordo celebrado (artigo 382.2), bem como fiscalizará o cumprimento da avença (artigo 382.4), além de lavrar registros sobre os acordos, seus cumprimentos e eventuais descumprimentos, bem como sobre as tentativas infrutíferas (382.5).

Ainda sobre a mediação, o Código de Processo Penal uruguaio dispõe que o processo restaurativo será iniciado quando suposto autor e a suposta vítima manifestarem interesse no encaminhamento, depois de informados sobre o procedimento (artigo 382.3).

Observa-se que o artigo não prevê se a mediação será em centros públicos ou privados, nem diz o procedimento propriamente dito. Não há número mínimo de encontros, nem regulamentação no código sobre o mediador, deixando espaços a serem preenchidos pela prática, doutrina e eventuais regulamentações normativas.

Saliente-se, ademais, que a mediação dispensa a presença de defensor, o que não significa, como aduz Ignacio Bracesco²⁴⁹, que a audiência perante o juiz que vai apreciar o acordo, eventualmente derivado da mediação, dispense a figura do advogado ou defensor público.

Já sobre a suspensão condicional do processo, não havendo interesse público diante da inexistência de gravidade, o Ministério Público, com o acordo do imputado, pode solicitar ao tribunal a suspensão condicional do processo, sob certas condições (artigo 383).

O artigo 384 dispõe que a medida não poderá ser utilizada quando a pena mínima superar três anos, em caso de reincidência ou quando o imputado estiver respondendo a outro processo ou a uma suspensão condicional ainda não cumprida.

Considerando o sistema de audiência previsto e implementado pela reforma no sistema processual penal uruguaio, uma vez conveniada a suspensão, o promotor de justiça (chamado

²⁴⁹ Idem, p. 151.

de fiscal naquele país) solicitará uma audiência para informar as condições do acordo, nos termos do artigo 385 do Código de Ritos.

Nesse momento, o juiz controlará o consentimento livre e voluntário do imputado, podendo recusar a suspensão quando constatar um dos empecilhos legais de cabimento (já citados), bem como quando as condições atentarem contra os direitos humanos ou menosprezarem a dignidade do imputado.

No artigo 386, a lei também prevê, de forma exemplificativa, as condições a serem impostas, destacando a forma conjunta ou subsidiária das obrigações a serem assumidas. Algumas possibilidades são: residir em lugar específico, proibição de frequentar determinados lugares, ficar distante de certas pessoas, assumir a obrigação de reparar, material ou simbolicamente, a vítima ou a comunidade, submissão a tratamentos médicos, psicológicos, tratamentos de desintoxicação relativos a álcool ou outras drogas, realizar cursos educacionais ou de capacitação, prestar serviço em favor do Estado ou de outra instituição pública ou privada. Pode ainda constar como condição a suspensão da posse e do porte de armas, carteira de motorista por prazo determinado, entre outras que resultem adequadas ao caso concreto.

O prazo de cumprimento da suspensão é de dois anos, podendo, excepcionalmente, ser prorrogado por fundadas razões, nos termos do artigo 387. Admite-se, ainda, a modificação das condições durante esse período, informando a alteração ao magistrado, conforme dispõe o artigo 388.

Eventual descumprimento deve ser informado pelo imputado ao juiz competente (artigo 389). O Ministério Público é o órgão responsável pelo controle, monitoramento e supervisão do cumprimento das condições estabelecidas (artigo 390).

Se descumpridas, ocasionarão a revogação da suspensão e continuidade do processo (artigo 391).

Como última saída alternativa, o Código de Processo Penal uruguaio prevê o acordo reparatório entre os artigos 393 e 396, dispondo que, quando não existir interesse público na persecução e quando a gravidade autorizar, desde a formalização da investigação e durante todo o processo, o imputado e a vítima podem formalizar acordo reparatório material ou simbólico. Ele será levado a consideração judicial em uma audiência, com intervenção do Ministério Público.

O cabimento do acordo reparatório está previsto no artigo 394, que elenca como possível a avença nos delitos culposos e naqueles castigados com pena de multa, além de nos

delitos de lesão, incluindo as graves, quando provoquem incapacidade para ocupação ordinária que não implique perigo de vida.

Admite-se também em caso de delito de conteúdo patrimonial, nos contra a honra e naqueles privados, exceto os contra a liberdade sexual, violência doméstica e que se baseiem no gênero.

Sendo o caso, o artigo 395 determina que o Ministério Público instrua as partes, dando-lhes detalhadas informações sobre a possibilidade de acordos reparatórios, que poderão ser alcançados em sede de conciliação ou mediação. O dispositivo prevê, por fim, que, em caso de alcance do acordo, o tribunal controlará o ato em audiência, onde verificará a voluntariedade do consentimento das partes e o conteúdo da avença. Pode, inclusive, negar a homologação em caso de ilegalidade. Ainda nos termos do artigo 395, celebrado e cumprido o acordo, o tribunal declarará extinto o delito.

Havendo descumprimento da avença, o artigo 396 dispõe sobre a revogação do acordo, que poderá ser solicitada pela vítima, oportunidade em que o processo voltará a tramitar em seus ulteriores termos.

Nota-se, portanto, que a mediação, em terras uruguaias, é um método aplicável com o objetivo de alcançar tanto o acordo reparatório.

Pode também ser utilizada como etapa da suspensão condicional do processo.

Apesar de a legislação não tratar de maiores detalhes da mediação, os centros de mediação já existentes no Uruguai podem receber os conflitos penais com o objetivo de encaminhar também esses casos e celebrar os acordos reparatórios aqui aludidos. Nada impede, entretanto, que essas tratativas ocorram na sede do Ministério Público e até em centros de mediação privados.

Importante ainda consignar o título que traz disposições finais sobre as formas alternativas de resolução de conflito, que compreende os artigos 397 a 401. Ao declarar a extinção da ação penal diante do cumprimento das obrigações assumidas na suspensão condicional do processo e a extinção do crime com o cumprimento do acordo reparatório, o artigo 397 determina, ainda, o cancelamento da anotação no Registro Nacional de Antecedentes Judiciais.

Já o artigo 398 dispõe sobre a interrupção da prescrição pela suspensão condicional do processo e pelo acordo reparatório, começando a correr novamente o prazo a partir de eventual revogação.

Atendendo a confidencialidade dos termos das saídas alternativas, o artigo 399 prevê que as informações que se derem durante a proposição, discussão, aceite, rechaço ou revogação da suspensão condicional do processo ou acordo reparatório não poderão ser invocadas, nem incorporadas como meio de prova em nenhum processo – fazendo referência a outras esferas além da penal.

Por fim, o artigo 400 versa sobre a preservação da investigação, pelo Ministério Público daquele país, até a extinção da ação penal ou do delito. O legislador consigna, ainda, no artigo 401, que o Ministério Público fará registros de todas as formas alternativas que finalizam o conflito penal.

Pela aproximação territorial e histórica, pois assim como o Brasil, Chile e Uruguai foram colônias de países da Europa e sofreram, mais recentemente, as agruras de ditaduras e processos de redemocratização, a legislação dos dois países fornece bases para discutir a mediação no Brasil.

4. O DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A ADEQUAÇÃO DA INCLUSÃO DA MEDIAÇÃO PENAL: NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO TEMA.

O muro (e o medo) são as balizas éticas de toda uma geração que precisa caminhar, de toda uma cosmovisão que clama por emancipação, todo um *modus vivendi* que é castrador de vidas e possibilidades em todos seus recônditos átomos, e de toda uma epistemologia jurídico penal que precisa ser implodida.
(DIVAN, 2015, p. 42)

O debate proposto deve ser iniciado, neste momento de efetiva defesa da mediação e apresentação dos seus contornos, pela possibilidade de saídas alternativas no ordenamento jurídico brasileiro. Essa discussão perpassa pela posição constitucional e convencional da hipótese e, ainda, pela necessidade de previsão e regulamentação legal do método.

É chegada a hora de parar de lamentar que o sistema acusatório não foi implementado. Diante do comportamento autoritário e punitivista que pauta a atuação dos atores do sistema de justiça, faz-se necessário avançar e, ao propor medidas inusitadas, fazer as vozes serem ouvidas. Denunciar as barbaridades não tem surtido o efeito esperado, na medida em que os mecanismos de moer corpos continuam ligados em potência máxima, arrancando não só a dignidade dos clientes de sempre, mas também o futuro de gerações que, a séculos, se veem minorizados e subalternizados por uma cultura hegemônica imposta.

Assim, o saber acadêmico precisa chegar com força para defender novas saídas, porque lamuriar não tem reverberado na realidade do sistema de justiça criminal. Quando muito, as críticas influenciam tímidamente o atuar policial, ministerial e o decidir judicial²⁵⁰.

Riccardo Cappelletti²⁵¹ escancara o problema e a necessidade de parar de acreditar nas falsas promessas estatais, que se repetem não só em relação ao Direito, mas a outros tantos setores que o Estado diz ter uma finalidade, mas na verdade é exatamente o oposto. Não se pode mais questionar a existência de um projeto genocida estatal em relação aos jovens

²⁵⁰ Os juízes que cumprem a lei e não aderem a um vale tudo processual são tratados com desconfiança e, muitas vezes, desestimulados a seguir desta forma. O termo “Garantista” é utilizado por alguns como sinônimo de complacente com a criminalidade, quando, na verdade, deveria ser redundante chamar um juiz de garantista, pois todo magistrado garante o devido processo penal. Logo, o mínimo que se espera de um servidor público é a observância aos preceitos legais. A constatação é de Eduardo Gallardo, juiz chileno, que, ao ouvir os brasileiros contarem-lhe que havia essa classificação no Brasil, falou o óbvio. Essa contribuição do magistrado do Chile pode ser ouvida na palestra proferida por ele junto com Thiago Minagé, com o título “O Lugar do Juiz das Garantias No Processo Penal Democrático”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=0mks7r12jwQ&t=2600s> Acesso em 10 nov. 2020.

²⁵¹ Cappelletti, Riccardo. **Política Democrática e Direito à Segurança**. UNEB, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TejACZddX38> Acesso em 14 nov. 2020.

negros, implementado com a contribuição de uma sociedade que se solidariza com um cachorro doente, mas não com um cidadão da raça negra, pior ainda se ele for homossexual e pobre.

Sabe-se que o arcabouço que promete proteger bens jurídicos os viola junto com a dignidade da pessoa submetida à persecução penal e ao cárcere²⁵². Assim, como o sistema de educação deseduca e os mecanismos de segurança causam mais ainda incertezas e exposição, o Direito Material e Processual Penal, com o propósito declarado de cuidar de bens jurídicos, tem objetivos não declarados verificáveis nitidamente: impor dor e sofrimento a certa parcela da sociedade.

Criar mecanismos como a mediação penal exige a implosão do sistema por dentro. As críticas contra a persecução penal, incluindo a fase investigativa e o cumprimento da pena, estão amareladas e não provocam a empatia necessária à mudança de rumo, e conseqüente descarte da atual política criminal e a edificação de uma nova forma de abordagem do problema da criminalidade totalmente diferente.

Logo, a proposta desta tese é mesmo tirar a todos do lugar confortável das denúncias, que, muitas vezes se perdem nas palestras e nos seminários, para oferecer medidas capazes de impactar e, a partir de então, provocar o debate sério, arrojado e democrático. Oportuniza-se, assim, um novo ambiente, político, social e cultural, propício à humanização da resposta criminal.

Estabelecida a premissa, é fundamental conhecer o Projeto de Lei 8.045/2010, por meio do qual se debate o novo Código de Processo Penal brasileiro, apesar da sua timidez no tema das saídas alternativas e horizontalidade da resolução dos problemas penais.

Importante, também, expor e ponderar sobre as repercussões do artigo 129, inciso I da Constituição Federal e a obrigatoriedade da ação penal²⁵³, tendo em vista que esse exercício, do ponto de vista político, é incondicionado, porém, condicionado em nível legal.

Com esse tom de inquietação em relação às providências necessárias à implementação do sistema acusatório, a proposta desta pesquisa é ampliar o horizonte e treinar o olhar para que, enfim, o sistema seja visto como ele é, e, assim, compreender a urgência de novas técnicas e a revolução que elas podem causar. Por conseqüente, pretende-se tonar as soluções

²⁵² Riccardo Cappi salienta que não só o preso é submetido as mazelas do sistema carcerário ao recordar que as famílias dos encarcerados também sofrem com a desumanidade do tratamento penal. (Idem)

²⁵³ O conceito que se utiliza de ação penal circunscreve-se à estrutura da pretensão acusatória, podendo defini-la como a um poder jurídico constitucional de invocação da tutela jurisdicional. Ele se exterioriza por meio de uma declaração petítória (acusação formalizada) da existência do direito potestativo de acusar e à qual procede a aplicação do poder punitivo estatal. (LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 102.)

penais mais adequadas, mas muito mais do que isso, o propósito de defender a mediação penal é criar uma sociedade mais solidária e fraterna, com cidadãos que olhem para os outros e vejam os seus pares com verdade e, quem sabe, ternura.

4.1. OBRIGATORIEDADE DO EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL E ALTERNATIVAS AO PROCESSO PENAL TRADICIONAL: REGRAS CONVIVENTES.

A Constituição Federal brasileira de 1988 optou por autorizar expressamente a transação penal como alternativa ao processo tradicional. Assim, no seu artigo 98, inciso I, deixou claro o cabimento de acordo em casos de crimes de menor potencial ofensivo.

Porém, do ponto de vista garantista – que propõe a utilização do processo como fim em si mesmo e limite ao poder punitivo estatal –, essa filtragem é plenamente admissível. Aliás, ela é necessária, devendo-se afastar a nefasta instrumentalidade decorrente do autoritarismo que permeia, ainda, o processo penal.

É por isso que os métodos não previstos na Constituição Federal, como o acordo de não persecução penal e até outras medidas abreviadas, têm cabimento no cenário democrático. Exigem-se, entretanto, modulações e limites acusatórios. Ressalve-se também que essa mentalidade é ampla e deve permear todos os ramos e atores do sistema de justiça, sendo necessárias as adequações tanto do processo, como do Direito Penal material, como já destacado nesta pesquisa.

Registra-se, de pronto, que o Projeto de Lei que se destina a elaborar o novo Código de Processo Penal não dispensa atenção pormenorizada às saídas alternativas, apesar do parágrafo segundo do artigo 46²⁵⁴ prever que, em caso de crimes contra o patrimônio de menor expressão econômica, a conciliação entre autor do fato e a vítima extinguirá a punibilidade. O legislador se restringe, por ora, a copiar atual artigo 89 da Lei 9.099/1995 e transladar para o artigo 266 do referido Projeto de Lei, para incluir, sem qualquer alteração, a suspensão condicional do processo.

Tal dispositivo nunca teve pertinência com o procedimento sumaríssimo, tratando-se de uma “carona” legislativa, pois o benefício se aplica a delitos não abarcados pela lei que regula o rito dos Juizados Criminais Estaduais. E, por falar neles, o projeto legislativo destinado à elaboração do novo Código de Processo Penal brasileiro incorpora a parte

²⁵⁴ O dispositivo se encontra no título que dispõe sobre ação penal.

criminal da Lei 9.099/1995, passando a regular o procedimento sumaríssimo. Prevê, portanto, a composição civil e a transação penal, nos exatos termos em que se encontram atualmente, não sendo necessário, portanto, repisá-los.

A composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo não se aplicam aos delitos militares e aos casos envolvendo violência doméstica contra a mulher, no contexto da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Há menção expressa a essa exclusão no projeto (artigo 266, parágrafo 8º e artigo 312 do Projeto de Lei 8.045/2010).

A previsão contida no artigo 283 do Projeto de Lei 8.045 de 2010 inclui uma forma abreviada de processo, mas nem de longe pode ser tratado como saída alternativa, já que implica na aplicação de pena, com confissão parcial ou total do acusado e redução da sanção. Mas a saída conhecida como *plea bargaining*, que dispensa o processo penal tradicional e impõe uma pena reduzida, mantém as consequências da apenação, sendo extremamente criticada por diversos autores. Fernanda Ravazzano²⁵⁵, por exemplo, chama atenção para o perigo da importação automática de institutos de outros países, neste caso, os Estados Unidos da América (EUA), para o sistema brasileiro.

Nesse cenário, pessoas inocentes podem aceitar o acordo, renunciando a garantias processuais penais, em troca de uma condenação mais branda, com receio de serem submetidas a um julgamento longo e expositivo, indagando, por fim, se há justiça em condenar um inocente²⁵⁶.

Esta modalidade não pode ser considerada como saída alternativa diante da sanção aplicada por intermédio do processo tradicional, porém abreviado, subtraindo-se garantias do imputado por uma justiça célere, mas a mesma de sempre, mantendo, ainda, a vítima fora da construção da decisão sobre a consequência penal.

Ainda sobre o *plea bargaining*, Aury Lopes Junior²⁵⁷ salienta a violação ao pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo, tampouco se submete aos limites da legalidade, considerando que o conteúdo fica nas mãos do Ministério Público. Salienta, assim, o autor que isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria

²⁵⁵ BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. *Plea bargaining no projeto do novo CPP*. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargaining/> Acesso em 20 out. 2020.

²⁵⁶ BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. *Plea bargaining no projeto do novo CPP*. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargaining/> Acesso em 20 out. 2020.

²⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?* 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em 10 jun. 2020.

ser dominada pelo tribunal. Esse, por sua vez, erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo.

Ademais, Aury Lopes Junior preocupa-se com a possível mercantilização do processo penal e com o estrago que causaria uma ampliação excessiva ou ilimitada desse espaço. Assim, o autor, que admite que a negociação é uma realidade inevitável, roga por cautela na adoção da *plea bargaining*, que deve adotar critérios e limites da pena a ser negociada.

Importante registrar que o atual acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal (incluído pela Lei 13.964/2019), não tem correspondência no Projeto de Lei 8.045/2010.

Nota-se, assim, que esse projeto, criticado pela doutrina brasileira²⁵⁸, já nasce desatualizado, seja do ponto de vista formal – vez que não contempla dispositivos já em vigência, como o acordo de não persecução –, seja do ponto de vista material. Afinal, não se adéqua aos princípios do sistema acusatório, podendo-se citar, como exemplo, a não adoção do sistema por audiências nem o método da oralidade, já expostos como essenciais à necessária transição democrática.

Feitas as ponderações sobre o Projeto de Lei 8.045/2010, passa-se a analisar a pertinência da mediação como meio de resolução de conflitos, ponderando os marcos constitucional e legal atualmente vigentes.

Como salientado, a Constituição Federal de 1988 dispõe, no artigo 129, inciso I, que é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, não havendo no texto qualquer condicionamento. Assim, como acentua Lopes Junior²⁵⁹, na dimensão constitucional, o poder de invocar a tutela estatal é completamente incondicionado. Ou seja, não existem condições para que a parte o exerça e tampouco possibilidades de impedir seu exercício. Não há como proibir ou impedir alguém de ajuizar uma queixa-crime ou o Ministério Público de oferecer uma denúncia.

Porém, como salienta o mesmo autor²⁶⁰, o direito de exercer a ação penal é de dois tempos. Assim, apesar de nesse primeiro momento, na dimensão constitucional do poder de invocar a tutela estatal, não existirem condições para que a parte o exerça e tampouco possibilidades de impedir seu exercício, na esfera legal é diferente.

Em um segundo momento, não se discute o direito de invocar o poder estatal, mas, ao condicionar o seu exercício ao cumprimento de certas condições, o plano processual

²⁵⁸ A exemplo de Luis Gustavo Grandinetti e Fauzi Hassan Choukr.

²⁵⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 117.

²⁶⁰ Idem.

subordina a movimentação ou não da máquina estatal. Sobre o tema dessas condições genéricas da ação penal, adota-se nesta pesquisa a doutrina de Lopes Junior²⁶¹, ressaltando que a mais importante dessas condições, a ser debatida nesta tese, é a justa causa, prevista no inciso III do artigo 395 do atual Código de Processo Penal e no artigo 260 do Projeto de Lei 8.045/2010.

Contudo, Ricardo Gloeckner²⁶² faz uma ressalva ao localizar o movimento tecnicista do processo penal e lembrar que determinados conceitos e elementos, a exemplo da ação penal, vão surgir para dar um tom científico ao processo penal. Nesse momento, verifica-se a autonomização desse processo, exigindo a abstração de certas categorias do processo penal em relação ao próprio direito material.

Ao chamar atenção para a reprodução acrítica, pela doutrina brasileira, dessa categoria, o autor²⁶³ destaca o histórico da ação penal, ao lembrar que ela se desenvolve na Itália, por ninguém menos do que Rocco. Nessa senda, oportuniza-se, caso aplicada ao processo penal, o nascimento de um processo despido de qualquer espécie de controle preliminar. Seria processo penal que independeria dos elementos indiciários existentes contra o acusado, havendo direito de ação e o nascimento do processo. Essa situação levaria à instauração do processo sem nenhuma possibilidade de filtro contra acusações errôneas.

Assim, a adoção da abstração como característica da ação penal e o completo deslocamento da procedência da acusação, do recebimento, da denúncia ou queixa crime só foi motivo de preocupação da doutrina depois de muito tempo. Posteriormente, essa preocupação foi apaziguada pela categoria “justa causa”, condição que subordina o recebimento da acusação à existência de lastro mínimo probatório. Essa é a circunstância que autoriza a máquina judiciária a se movimentar.

A previsão constitucional que impõe ao Ministério Público a deflagração do processo penal, em um sistema integrado de garantias, convive com saídas alternativas que evitem a submissão do cidadão ao processo penal tradicional, doloroso, unísono e impessoal. Logo, o exercício da ação penal precisa estar condicionado a uma política criminal redutora de danos, devendo-se ler esse conjunto de regras como limitador do poder punitivo. (Até porque esse

²⁶¹ Apesar de certa celeuma em torno do tema a partir da transposição automática (por parte de autores como Costa Filho e Pacelli, das categorias do Processo Civil), adota-se a doutrina de Lopes Junior, que estabelece como condições da ação: prática de fato aparentemente criminoso, punibilidade concreta, legitimidade, e justa causa como lastro mínimo probatório. Esta última mais pormenorizada nesta pesquisa. (LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 120.)

²⁶² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1, Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 158.

²⁶³ Idem, p. 159-160.

atributo estatal pauta-se, como já demonstrado no capítulo 2 desta tese, em marcadores questionáveis.) A ideia de instrumentalidade do processo penal impõe o exercício cego da ação penal, sem inserir na discussão outras formas de solução de conflito e, ainda, limitadores a essa tarefa estatal, que precisa ser contida por filtros, a exemplo da justa causa.

Nesse sentido, Gloeckner²⁶⁴ sustenta que se o processo é a garantia, então não pode ser, logicamente, instrumental. O processo é, em si, a garantia. Pensar o processo como uma mediatriz entre determinadas finalidades, sejam elas metafísicas (justiça, equidade) ou econômicas (reduzir custos, aumentar a eficiência na resolução dos conflitos sociais), será conceder-lhe uma instrumentalidade, sempre ingovernável ou incontrolável. O autor²⁶⁵ segue afirmando que a razão dessa conclusão é simples: se os direitos fundamentais consistem em mandados de proteção, eles não estão sujeitos a curvas métricas de funcionalidade. Por isso, não se pode pensar a instrumentalidade como um ótimo dentre dois pontos – sob pena de se adotar uma postura utilitarista.

Por essa razão, o exercício da ação processual penal é impositivo, desde que as demais saídas não sejam suficientes para solucionar o caso ilícito. Portanto, não existe incoerência ou inconstitucionalidade na adoção de métodos não judiciais de resolução de problemas, inclusive os criminais.

Ainda Segundo Gloeckner²⁶⁶, a ideia de obrigatoriedade deriva da defesa da utilidade e instrumentalidade do processo, elementos que partem de uma tradição política que, admitindo a primazia dos fins sobre os meios, convoca o pensamento à negatização de quaisquer valores morais como imbricados e co-constitutivos da sociedade. Ao recordar que é equivocada a premissa de que a instrumentalidade (isto é, a relação entre meios e fins) é a única alternativa do processo, o autor salienta que essa ideia está permeada de certas funções políticas, indagando se processo penal não cumpriu determinadas funções políticas na ditadura brasileira.

Assim, abandonando a ideia de instrumentalidade e localizando o processo penal como garantidor de direitos fundamentais, a própria legislação infraconstitucional já consagrou essa limitação ao acolher, a justa causa para o exercício da ação penal. Sinal no mesmo sentido é a adoção das demais formas de solução de conflito, além da transação penal (constitucionalmente prevista no artigo 98, inciso I).

²⁶⁴ Idem, p. 165.

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ibidem, p. 166.

Esse raciocínio só é possível se inserido em uma política criminal atenta a todas as questões já apresentadas nesta pesquisa, especialmente no capítulo 2, colocando em dúvida a própria intervenção penal e sua conseqüente punição. Antes de condicionar o processo em si a certas condições, defende-se a inclusão de uma etapa anterior à sua deflagração, oferecendo a mediação como método de resolução efetiva de problemas.

Por isso, a apresentação dos marcadores criminológicos foi necessária para dar a visão de desnecessidade da submissão estatal nos termos atuais, como única possível de responder aos conflitos criminais. Ver o processo penal como uma gama de garantias em favor do cidadão não exige a natural imposição de dor e sofrimento decorrente dessa submissão. Assim, a proposta garantista pensa o processo penal como meio de contenção de poder, o que o torna(ria) legítima a resposta punitiva aflitiva e impessoal. Essa defesa não coloca em debate a própria pena e os mecanismos para a sua imposição.

O que se propõe nesta pesquisa vai além de uma visão garantista estrita do processo. A ideia é de não submissão do cidadão a esse mecanismo que, por melhor que seja, continua “cortando cabeças”, fazendo alusão ao quanto exposto por Binder²⁶⁷ (ao apresentar a ideia de guilhotina e a continuidade do uso da máquina de matar pessoas). Evitar ao máximo a responsabilização de pessoas via processo tradicional é a intenção desta pesquisa, por isso a inclusão de saídas alternativas.

A baliza legal é necessária. Por isso, a seguir serão apresentados os parâmetros para a mediação em matéria penal. Não obstante, essa inclusão poderia se dar sem qualquer acréscimo legislativo, bastando se admitir um novo preenchimento da condição da ação penal conhecida e prevista legalmente como “justa causa”. Tratando-se de um conceito jurídico aberto e indeterminado, o preenchimento desta condição da ação poderia perpassar pela fragmentariedade do Direito Penal e, em caso de encontro mediado entre autor e vítima com satisfação do conflito, a acusação tornar-se-ia desnecessária. Ou seja, o atual ordenamento jurídico já seria suficiente para acolher as saídas alternativas e, em caso de mediação com êxito, o Ministério Público poderia deixar de oferecer acusação, ainda que o caso fosse de delito de ação penal pública incondicionada.

Não é por outra razão que Divan²⁶⁸ insere o processo penal dentro de uma política criminal democrática constitucional para dar uma nova roupagem à justa causa. Pensa esse condicionamento como um instrumento legal-dogmático que vivifica a imperiosa análise

²⁶⁷ BINDER, completar a referência.

²⁶⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal**: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 540.

quanto à imprescindibilidade (ou não) da intervenção estatal. É esta a política criminal aqui proposta: uma política que recomenda maior horizontalidade, com mais elementos de autogestão social em substituição à verticalidade e à ingerência estatal.

Nesse sentido, ao defender uma análise para além da existência ou não de lastro mínimo probatório, Divan²⁶⁹ salienta que não há mais tempo para teorizar sobre a justa causa para a ação penal como se ela fosse apenas uma ferramenta de análise isolada de uma ou de algumas das partículas que compõem seu núcleo, ou de meros requisitos legais/formais delimitados. Nesse diapasão, defende a necessidade de uma análise política.

Essa problemática vai repercutir na imprescindibilidade de previsão legal da mediação, sendo fundamental a inserção desta saída no Código de Processo Penal que está por vir, mas não sem antes apresentar os argumentos que levam à reflexão sobre o porquê da submissão do caso penal à jurisdição, passando-se a tecer as ressalvas necessárias a essa ideia paternalista.

4.2. A DEFESA DA JURISDIÇÃO E A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA PROCESSUAL PENAL DEMOCRÁTICA.

A ideia de que o Poder Judiciário gere os conflitos melhor do que outro Poder, instância ou até mesmo do que as partes é premissa que precisa ser questionada diante de uma racionalidade reflexiva.

Divan²⁷⁰, ao tratar a condição da ação denominada “justa causa”, qualifica o instituto como de caráter político criminal, diante da necessidade de um controle político quanto à “viabilidade” da ação. Isso não diz respeito apenas aos critérios legais de sua configuração, mas sim ao aludido questionamento sobre se a movimentação do sistema “vale a pena” diante de diversos fatores que extrapolam a questão puramente técnico-legal.

Ou seja, é preciso mais do que a subsunção da conduta à norma penal incriminadora e a presença do lastro mínima probatório lícito para o Estado entender ser suficiente para iniciar um processo criminal. É nesse sentido que o autor salienta o condicionamento da instauração do processo penal e até do oferecimento de denúncia por parte do Ministério Público, pontuando que esse órgão também deve pensar reflexivamente sobre as consequências político-criminais dos seus atos.

A ponderação parte do questionamento sobre a mitologia estatal que reside na desgastada ideia de que é preciso que se retire do homem a ingerência sobre uma boa parcela

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Ibidem, p. 495-496.

de suas relações mundanas, dada sua suposta inaptidão para lidar com elas. O paternalismo no seu grau elevado faz a sociedade acreditar nisso.

Nessa perspectiva, indaga o autor²⁷¹: “será mesmo que o que não faz parte do universo jurisdicional é uma ausência tal de regramentos e um sobrepujar sempre tão injusto de valores descoordenados que deve ser evitado ainda que em hipótese?” E segue perguntando: “Até onde as promessas jurisdicionais de representação de ideais democráticos em uma genuína esfera relacional “justa” já não se tornaram opacas e podem figurar no rol das promessas que sofreram uma paralisia funcional em meio ao caos “inseguro” de nossa época?”

A naturalização da submissão à jurisdição e a sua imprescindibilidade no controle das relações sociais pode e deve ser testada, já que parte da premissa de que os traumas humanos merecem medida única de solução. Não se pretende com isso menosprezar ou demonizar a jurisdição, ressaltando a importância desse poder e da terceirização da resposta aos conflitos. Mas a providência comunitária e a pessoal podem caminhar junto com as soluções punitivas tradicionais, questionando-se, apenas, a necessidade de solução judicial e até mesmo do controle jurisdicional das relações mundanas. Essa imposição teórica confortável e estabilizadora se sustenta tanto na falta de alternativas mais articuladas, quanto no medo das próprias opções²⁷².

Essa resposta uníssona restringe, portanto, outras práticas de convivência e de soluções de problemas que decorrem da complexidade social. Por isso e em nome da cidadania participativa, deve-se também alterar o status do cidadão – de espectador para protagonista.

Passos²⁷³ já salientava que a produção do direito em uma sociedade democrática exige fundamentação, já que não há direito *a priori*. Deve-se, por essa razão, sempre se refletir sobre as técnicas recomendáveis para limitar-se o arbítrio, tanto legislativo, quanto administrativo e jurisdicional. Acrescenta, nesse sentido, que o processo histórico concretize o máximo de emancipação e o mínimo de regulação, o que implica no máximo de soluções estatais dos conflitos de interesses, favorecendo, assim, a solidariedade e a cooperação social²⁷⁴.

²⁷¹ Ibidem, p. 405-406.

²⁷² Ibidem, p. 405-406.

²⁷³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 132.

²⁷⁴ Idem, p. 133.

Entenda-se por maximizar as soluções também deixar que as partes resolvam seus problemas pessoalmente, sem intervenção em todo caso problema, devendo o Estado, portanto, atuar dentro dos limites estritamente necessários.

Na ânsia de concretizar o conceito material de democracia, Passos²⁷⁵, criticando a forma de execução brasileira, pondera que os dominados aceitam mansamente as imposições das elites por força da inconsciência dos caminhos da sua libertação, já que os donos de privilégios intocáveis (outrora os donos de engenho e beneficiários de sesmarias) só aceitam a democracia formal. Nela, o máximo admitido é um poder de controle intertestamentário, que se dá em termos de compadrio, sempre excluído o povo enquanto titular de soberania.

Nesse sentido, Calmon de Passos²⁷⁶ alertava e lamentava que a democracia brasileira é formal e não real. Isso porque as promessas foram dolosamente não cumpridas, de forma que é preciso que o povo ocupe os espaços, efetivando a sua participação cidadã, já que o poder não concede, não transige e nem liberta, apenas expropria, oprime e exclui quando entregue a sua vocação. Trilhando essas vias reflexivas é que se defende a aplicação de saídas multiportas para resolver/pacificar os problemas penais, já que, ainda segundo o autor, não há empenho com a igualdade material, mas erguem-se templos suntuosos à igualdade formal.

Com a intenção de elevar o grau de reflexão, Gabriel Divan²⁷⁷ propõe pensar o sistema jurídico-penal e a própria jurisdição como um elemento que se arvora de um sentido social enquanto crente em sua própria capacidade como: (i) redutor efetivo de complexidades sociais; e (ii) um sistema apto a garantir ao cidadão alguma parcela da segurança que lhe foi subtraída.

Ademais, acredita-se que o processo penal vai dar conta de resolver conflitos sociais complexos e de causas variáveis. Nesse quadrante da discussão, merece menção a ponderação do mesmo autor²⁷⁸ sobre as possibilidades de gestão relacional e opções de caminhos, destacando que cada espaço perdido para a “informalidade” parece um espaço irrecuperável na guerra entre o feudo murado das certezas probabilísticas e a “selva” do improvisado, sem controle e sem chancela oficial.

Pensar nesses termos a questão das possibilidades de gestão relacional e sua acobertada ligação com a legitimidade jurídico-processual é uma opção que abre caminhos interessantes. Daí ser necessário o questionamento acerca do quanto se tem, hoje, mais uma jurisdição que, fomentada por um campo de normas penais demasiadamente expandido, visa

²⁷⁵ Ibidem, p. p. 136.

²⁷⁶ Ibidem, p. 136-137.

²⁷⁷ Divan, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal**: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 411.

²⁷⁸ Idem, p. 412.

impedir ou refrear interações, do que uma preocupada com os eventos nucleares do conflito a ser resolvido e as suas irradiações sociais.²⁷⁹

Não se defende o fim da jurisdição, mas questiona-se a enaltação e a eleição da jurisdição como fonte única de providência estatal que não pode conviver com autocomposição por parte dos supostos ofendido e ofensor. A relação entre cidadão e jurisdição é infantilizada, como chama a atenção Divan²⁸⁰ ao propor uma tarefa mais democrática da jurisdição: a de perceber os pontos onde a ingerência deva ser meramente política e simplesmente se afastar.

Para além de pensar um processo penal garantidor de direitos fundamentais e limitante ao poder de punir, propõe-se a não submissão a este poder estatal chamado jurisdição, apostando na retirada jurisdicional em alguns momentos, dispensando a apropriação automática de uma situação conflitiva.

Há outra situação, que parece menos grave, mas que também perpassa pelos temas de cidadania e patriarcado. A necessidade de chancela estatal dos acordos celebrados entre supostos ofendido agressor e, até mesmo, entre membro do Ministério Público e imputado. Divan²⁸¹ debate a possibilidade de não haver dignidade possível para além daquela creditada pela jurisdição, aprovada por um juiz. Ao salientar que os campos social e político parecem estar sempre clamando por uma apreciação “final” jurisdicional como selo de autenticidade obrigatório, o autor se posiciona contra essa chancela e afirma que a democracia constitucionalmente assentida precisa da jurisdição como uma alternativa, e o socorro a ela é a medida de sua inafastabilidade.

Por essa lente, alternativo seria o processo penal tradicional aflitivo, frio e burocrático, que só seria instaurado quando as partes não fossem capazes de encontrar uma solução para os seus problemas. Nessa linha, propõe a retirada da atual carta branca para intromissões da jurisdição em toda condução da vida social.²⁸²

Esta pesquisa não pretende exterminar a jurisdição e defender a privatização de todo e qualquer conflito. A ideia é parar de tentar melhorar o sistema processual penal e seu pesado e muito mais aflitivo do que resolutivo conjunto de mecanismos para propor um método comunitário de encerrar os problemas penais.

²⁷⁹ Ibidem, p. 412.

²⁸⁰ Ibidem, p. 425.

²⁸¹ Ibidem, p. 427.

²⁸² Ibidem, p. 427.

Por essas e outras razões, Divan²⁸³ estabelece uma nova roupagem para a condição da ação denominada como “justa causa”, defendendo que o juiz deveria visar mais do que os óbvios e certos elementos condicionantes ou pressupostos técnicos para a correta instauração de um caso penal. Deveria ter como objetivo, em uma atitude respeitadora dos valores constitucionais, a própria crítica da atividade jurisdicional a ser instalada.

A não submissão, todavia, precisa estar regulamentada em lei para que essa crítica seja acolhida como postura macropolítica e não dependa da abertura de doutrinas, por mais adequadas que elas sejam. Confiar nessa postura jurisdicional e acreditar nesse processo de reflexão é, além de ingênuo, perigoso, pois dependeria da decisão individual de cada promotor e magistrado, que poderiam (ou não) dar à justa causa o preenchimento proposto.

Por essa razão, há que se incorporar à legislação as saídas complementares ao tradicional processo penal, com o intuito de reduzir a incidência do poder punitivo, sem esquecer que o grau de democracia e a incorporação de uma política criminal compatível com o sistema republicano eleito na Constituição Federal reverbera de modo capilarizado no sistema criminal. Nesse sentido, deve incidir no direito material (com a descriminalização de condutas que não ofendem bens jurídicos) e no processual penal (destinado a tratar os casos mais relevantes).

Assim, sendo a justa causa um conceito jurídico indeterminado, aberto, não pode ser usado como critério de pura escolha²⁸⁴ do *parquet*, devendo o legislador estabelecer os critérios, encaminhamentos e consequências dos casos que não exigem a submissão ao processo tradicional.

4.3. APONTAMENTOS SOBRE A AUTOTUTELA E A NECESSIDADE DE DEBATE: QUESTÕES NÃO SUPERADAS.

Uma das defesas do uso público da sanção é a finalidade de inibir a vingança privada, considerada uma demonstração de incivilidade. A premissa parece ultrapassada e pacífica, pois apresentada sem maiores argumentações, porém o tema precisa ser debatido, pois suas premissas não coincidem com a realidade e não atendem mais à atual sociedade, complexa e sedenta de respostas.

A modernidade fez promessas que não foram cumpridas. Os espaços vazios continuam aguardando o preenchimento e o atendimento de necessidades demanda que políticas públicas

²⁸³ Ibidem, p. 432.

²⁸⁴ Ibidem, p. 499.

sejam efetivadas. A atomização social decorre da nova realidade, dita líquida, e ainda assiste-se a ânsia por soluções simples e baratas para velhos e complexos problemas.

A criminalização torna-se um desses produtos que promete dar conta da segurança por meio da violência do Direito Penal. Porém, ao contrário do que se prega, o sistema criminal, ao invés de evitar a barbárie, pode estar corroborando-a.

4.3.1. A autotutela como caminho para o fim da atomização social da modernidade.

Ao entender como plenamente admissível a ideia de que as pessoas podem resolver muitos dos seus conflitos, inclusive os penais, afasta-se de logo a ideia de privatização primitiva, de uma autotutela violenta e sanguinária. Não se pode admitir que o movimento que concretiza o sistema multiportas de solucionar conflitos em outras áreas do Direito conviva com essa possibilidade irracional.

Ao colocar a intervenção estatal vertical na berlinda, apresenta-se a inserção da mediação penal no Código de Processo Penal, sabendo que o novo trará, por certo, problemas e desafios. Mas não admitir a discussão da temática, utilizando o argumento de retrocesso, é uma postura inverificável, ao menos em um primeiro momento, pois só testando para saber se a medida será ou não suficiente. Além disso, a crítica prematura mostra-se descrente das experiências de outros países, que demonstram o contrário, pois convivem com o sucesso desse sistema complementar de solucionar conflitos.

Ademais, os dados da Justiça Restaurativa, que trabalha com o método aqui proposto²⁸⁵, são ótimos e auxiliam no convencimento da implementação dessas medidas horizontais de resolução de controvérsias.

Aliás, não se pode deixar de registrar a atomização social derivada da modernidade e suas promessas não cumpridas de felicidade e segurança, conforme ponderações de Bauman²⁸⁶. Observa-se a frustração dos membros de uma comunidade que, sedenta por novos padrões públicos que resolvam seus problemas de modo rápido e barato, até hoje aguardam pelos novos padrões.

No sistema penal, algo similar acontece. A resposta imposta pelo poder público às condutas delituosas não admite caminhos plurais para resolver problemas das mais diversas

²⁸⁵ A mediação a ser apresentada como resposta adequada aos conflitos penais nesta pesquisa é diversa da Justiça Restaurativa (JR), como será exposto dos próximos tópicos, mas, pela proximidade dos espaços, apresentar os números da JR é importante diante do sucesso da técnica.

²⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 33.

espécies – que só se aproximam pela definição de delito que os iguala. Assim, aguardam-se os novos padrões e novas formas de solucionar com efetividade também os problemas criminais.

A complexidade social exige a implementação dessa variedade, podendo a autotutela ser utilizada e, de modo intermediado por pessoas eleitas pelos membros daquela comunidade específica, os envolvidos resolverem seus problemas.

A atual sociedade, chamada por Bauman²⁸⁷ de líquida, tem como marca a individualidade. A coletividade não se unifica porque as pessoas formam apenas um conglomerado de indivíduos atomizados. Eles criam, em relação ao Estado, expectativas de atendimento dessas necessidades individuais²⁸⁸. Levando essa situação em consideração, a fim de invertê-la, por que não criar mecanismos comunitários para que as pessoas voltem a se enxergar?

Até porque o uso típico do Direito Penal, violento por natureza, além de não ser eficaz, atua no reforço dessa formação social baseada em pessoas que só se preocupam com seus problemas de forma individualizada, não contribuindo para a resolução coletiva e efetiva das adversidades que causam o delito. A resposta imposta sempre pelo Estado, através de um processo penal custoso e artificial - já que sem a participação protagonista dos envolvidos –, não atende mais os anseios dessa nova e complexa sociedade constatada pelo já falecido sociólogo polonês.

Acrescente-se a essa nova configuração de sociedade, dita líquida, a implementação do impacto dos novos riscos, surgidos na passagem do século XIX para o XX, conforme asseverou Ulrich Beck²⁸⁹. O autor anunciou que a globalização alterou a distribuição da riqueza e modificou os seus destinatários, pois o fim das fronteiras ocasionou uma crise econômica e ainda um modelo equânime de perigos, tornando os cidadãos, ricos e pobres, mais próximos.

Essa ascensão social não prevista pelo legislador de 1941 (ano de elaboração do Código de Processo Penal brasileiro) impacta diretamente nos processos penais e na necessidade de ampliar as alternativas a esses conflitos. Na medida em que os pobres passam a ter acesso, por exemplo, a bens e serviços antes não acessados, amplia-se a quantidade de delitos, já que mais pessoas detêm propriedade e utilizam serviços, aumentando, portanto, as relações sociais e, conseqüentemente, o número de delitos.

²⁸⁷ Idem, p. 42.

²⁸⁸ Ibidem, p. 57.

²⁸⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: editora 34, 2010.

Nesse contexto, a resposta única (pena) é sempre dada da mesma forma, por algum estranho que trabalha longe. Afinal, os magistrados são pessoas diferentes dos jurisdicionados, não conhecem suas realidades diárias, nem se relacionam com a maioria dos destinatários da justiça criminal. Da mesma forma, o Fórum Criminal e o Tribunal de Justiça são lugares distantes, artificiais, habitados por pessoas muito diferentes e ocupados por um cenário alheio à realidade da maioria das pessoas a que se prestam judicial. Sem falar das vestes e da linguagem utilizadas, que destoam imensamente da realidade dos imputados e de seus familiares. Acresça-se o muitas vezes hostil tratamento que os servidores, em todos os graus (do servente ao desembargador), dedicam aos usuários da Justiça Criminal, olhando os imputados com a lente do preconceito e da desconfiança²⁹⁰, ainda que conheçam o princípio da presunção de inocência.

Mais uma vez, a aproximação entre os envolvidos, partes e mediador, é elemento que se presta a defender o uso de saídas horizontais. Quem vai auxiliar as pessoas a resolverem seus conflitos tem que ser alguém que conheçam e em quem confiem, uma pessoa que sabidamente seja indicada para “se meter” na vida das partes. Por esta razão, ao Judiciário não cabe resolver todos os problemas.

Não é só o Estado que não consegue dar conta dos novos processos, mas as pessoas, nessa nova teia social, querem poder optar e participar da construção da solução para problemas que as envolvem e as atingem diretamente.

Sobre as pautas da modernidade, Bauman²⁹¹ definiu essa transição ao denunciar o não cumprimento das expectativas criadas por ela, uma vez que a meta era decantar as antigas tradições e estabelecer outras, tão sólidas como as primeiras, porém mais adequadas à nova realidade, já que as construções antigas não atendiam mais aos desejos e às necessidades da sociedade.

²⁹⁰ Ao lecionar a matéria “Prática Penal III”, na Universidade Federal da Bahia, esta pesquisadora solicitou aos alunos que assistam audiências (no Fórum Criminal de Salvador) e sessões de julgamento (no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia), tomando nota das incongruências eventualmente ocorridas que desrespeitassem o sistema processual penal acusatório. Os relatos foram muitos e estarrecedores, causando, inclusive, choro em alguns alunos ao se pronunciarem verbalmente sobre a experiência. Os apontamentos consignaram não só violações principiológicas, mas desrespeitos que demonstram falta de educação mínima para com os imputados. As ocorrências foram identificadas por parte de todos os atores, desde os juízes e desembargadores, aos membros do Ministério Público e também da Defensoria Pública, podendo citar juízes que não olhavam para o réu, negavam água engarrafada aos imputados e afirmavam que no corredor havia bebedouro, depois de fornecer aos demais presentes o copo, dando “lições de moral” sobre a conduta dos acusados e pedidos de aceleração das audiências por razões absurdas, como pegar os filhos na escola e ir a consultas médicas. Houve também o relato de uma promotora no celular jogando com som durante audiência e de um defensor público contando como foi o seu casamento em uma cidade da Itália enquanto o assistido, algemado, aguardava a audiência começar, sem ninguém se dirigir a ele durante todo o momento em que ele esteve na sala.

²⁹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 31.

Ao criar o conceito de sociedade líquida, o sociólogo apontou que esse estado de liquidez deveria ser transitório, até que, estabelecidas as novas pautas e as novas respostas, os novos pilares, sólidos novamente, seriam edificados e a normalidade, segura e estável, se estabeleceria.

O problema, constata Bauman²⁹², é que essa situação deveria ser contingencial, porém tornou-se definitiva. Então, a sociedade convive com múltiplos padrões, deixando o cidadão confuso. E mais, esses modelos, na sociedade líquida, são rapidamente substituídos, não havendo mais limites entre espaço e tempo, já que todos estão, a toda hora, em todo lugar, em um clique.

Portanto, um grande problema dessa sociedade líquida é a ausência de percepção, já que, como tudo é veloz e interino, as agendas políticas e os problemas coletivos não são objeto de preocupação dos indivíduos. Eles só querem a paz de não ser incomodados, não se importando como os gerentes farão e imporão as regras. Não há debate sobre a administração, já que os homens se encontram, atualmente, por conta própria.²⁹³

A estratificação social era desejada e arquitetada pelas classes de cima, que davam um jeito rápido e eficaz de recomodar as variáveis para manter o resultado da equação, dando a impressão que, assim como os gêneros, pertencer às classes era “natural”, e as pessoas, alocadas no nicho, devem portar-se como os demais. Porém, essa individualidade não se sustenta, pois as pessoas não são autossuficientes, sendo necessário se unirem, pois alguns problemas só serão resolvidos coletivamente.²⁹⁴

É aqui que entra a autocomposição e o retorno ao coletivo, pois a união de todos em volta de um problema local, restrito a um número de pessoas que se relaciona de alguma forma com o problema comunitário, estabelece, com essa sentada para debater e resolver o conflito, o preenchimento desse público e reconstrói os laços sociais que haviam sido dissolvidos.

Não se nota que alguns dos problemas são de todos e é preciso a união dos indivíduos para chegar à solução. O que se espera hoje dos agentes públicos é que observem os direitos humanos e deixem os indivíduos seguirem em paz, protegendo seus corpos e seus bens, não importando quais meios serão eleitos para alcançar essas metas.

Nesse cenário, vê-se o uso exagerado do Direito Penal e atomizado do Processo Penal. Em uma tentativa de resolver rápida e eficazmente problemas sociais, utiliza-se a violência

²⁹² Idem, p. 32.

²⁹³ Ibidem, p. 51.

²⁹⁴ Ibidem, p. 51.

desses ramos. Contudo, eles muitas vezes não resolvem o problema, trazendo apenas medidas paliativas, já que as causas não são enfrentadas.

Também por isso a apresentação de novas formas de responder aos delitos, utilizando também uma espécie de autotutela, é providência premente. Até porque, além de não resolver os antigos problemas, novos conflitos tendem a surgir nessa nova configuração social.

Essa nova sociedade tem seus espaços públicos vazios, pois não debate o coletivo, não se interessa por ele. Assim, acredita – falsamente – que soluções individuais seriam suficientes. Como não são, os problemas se mantêm, lamenta Bauman²⁹⁵.

Isso causa uma frustração que é extravasada no outro, surgindo aí “cabides individuais”, pois os indivíduos, atemorizados, penduram coletivamente seus temores, criando, assim, “bodes expiatórios” (o político, o criminoso etc.), achando que assim vão resolver seus problemas, já que as soluções individuais não foram capazes de fazê-lo.²⁹⁶ Esse comportamento assevera o uso da força, do Direito Penal, que passa a ser usado com prevalência, ainda que os resultados demonstrem que o caminho não é esse.

Sánchez²⁹⁷ reforça esse pensamento ao afirmar que, nesse processo, as pessoas costumam se identificar mais com a vítima do que com o sujeito ativo do crime, passando a encarar o Direito Penal como a espada da sociedade contra a delinquência. Para reforçar sua afirmação, cria a seguinte hipótese: se o Estado não foi capaz de evitar o crime, tem agora a obrigação de castigar o autor, retornando o Direito Penal àquilo que nasceu justamente para evitar: a vingança. A pena passa a ser a manifestação de solidariedade do grupo social para com a vítima, reintegrando-a.

Ocorre que essa solução não encara as causas do problema, não considera os desejos e interesses dos envolvidos, não coloca na mesa questões fundamentais. Dá sempre a mesma resposta, sem levar em conta essas complexas variáveis.

Retomando as ideias de Zygmunt Bauman²⁹⁸, o que se constata é que essa nova sociedade deseja a proteção, já que o outro – o desconhecido – é perigoso. Assim, quanto mais segurança, melhor, pois o medo passa a ser companhia cotidiana. Com isso, passa-se a crer que é preciso conter certas pessoas.

²⁹⁵ Ibidem, p. 55.

²⁹⁶ Ibidem, p. 55.

²⁹⁷ SÁNCHEZ, Jesus Mária Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

²⁹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 58

Como ninguém conhece ninguém, ninguém fala com ninguém (não pessoalmente, no máximo virtualmente, via redes sociais), o autor²⁹⁹ classifica alguns lugares como não-lugares. Apesar de as pessoas circularem pelo mesmo espaço, elas não se olham, não conversam. Assim, criam, falsamente, a ideia de comunidade, já que todos estão ali pelo mesmo propósito, logo pertencem àquele lugar, estão dentro, fazem parte de um conjunto.

Fazendo referência à alteridade, o sociólogo³⁰⁰ chama atenção para práticas que suspendem a existência do outro, destacando a atual ausência da habilidade da civilidade, ao estabelecer que, para alguns (os ricos, por exemplos), o lugar pode até estar ocupado, mas dependendo de por quem (crianças mal vestidas, por exemplo), o espaço é visto vazio. Logo, o vazio do lugar está no olho de quem vê e nas pernas ou rodas de quem anda. Vazios são os lugares em que não se entra e onde o sujeito se sentiria perdido e vulnerável, surpreendido e um tanto atemorizado pela presença de humanos.³⁰¹

O problema é que esse distanciamento não livra do perigo. A capacidade de conviver com a diferença deveria ser exercitada, ao invés de evitada, até porque esse comportamento reforça o problema.

Nesse contexto, sob a justificativa da segurança, divide-se a cidade pela etnicidade³⁰², repartindo o espaço entre pessoas parecidas. Cada “nicho” seria composto por aquele conjunto que compartilha um mesmo estilo de vida. Sendo assim, não há o que se falar e a fala, quando necessária, é fácil. Essa união pela etnicidade, por si só, justifica a exclusão do outro, do diferente. E o desejo de expulsá-lo do sistema é, portanto, “natural”.³⁰³

Outrossim, como o Estado atende a esse desejo de expulsão do outro? Através do Direito Penal, que perde, nesse contexto e com esses novos objetivos, suas funções subsidiária e fragmentária. A forma de aplicar esse conjunto de leis incriminadoras ocorre via um processo penal frio e artificial, repita-se, que, mais do que não resolver a vida das pessoas, a potência máxima da atuação estatal penal atual é neutralizar momentaneamente os conflitos, podendo até fomentá-los, considerando as atitudes hostis e violentas inerentes ao sistema criminal³⁰⁴.

²⁹⁹ Idem, p. 130.

³⁰⁰ Ibidem.

³⁰¹ Ibidem.

³⁰² Para Bauman, etnicidade não tem relação direta com cor da pele, estando o termo vinculado a determinada cultura.

³⁰³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 138.

³⁰⁴ A ideia do poder de punir ser titularizado, com exclusividade, pelo Estado e de que isso reduziria a incidência da vingança privada e da barbárie é questionada logo adiante nesta tese, por meio da pesquisa dos professores Alessandra Prado e Ney Menezes, pautados na formulação de Hulsman.

Cappi³⁰⁵, a partir das construções de Debuyst, salienta a perspectiva de tratamento do problema criminal e a redução do objeto de conhecimento a uma leitura simplista e hostil do transgressor.

Por intermédio de uma lógica defensiva, o tratamento penal se vincula a uma vontade política clara de gerenciar certos grupos de indivíduos identificados como problemáticos, tendo em vista o projeto de discipliná-los e de exercer o controle sobre eles, ora para se proteger, ora para utilizá-los economicamente, ora para redirecionar a agressividade de um grupo social. Esclarece, ainda, o autor que o conceito de periculosidade, longe de representar um esforço de científico, contribui sobretudo para um projeto de controle de determinados grupos, seja ele exercido pelo Estado, pelos grupos dominantes ou por ambos em simbiose, mantendo, portanto, a sociedade atomizada e com medo – elementos que parecem justificar a ampliação do uso do sistema penal diante das pessoas perigosas³⁰⁶.

Diante dessa visão que dimensiona o medo do grupo considerado perigoso (pois composto de pessoas dotadas de grande força, incontrolável, que toma conta do observador ao ponto de ele se sentir ameaçado de inexistência física ou psíquica), só parecem haver duas respostas possíveis: a proteção que o afasta – estabelecer muros de contenção – ou a eliminação definitiva – lançar mão da força extrema³⁰⁷.

Essa leitura, que vê como única solução a anulação da fonte de perigo elimina a alteridade ao promover como único resultado aceitável a anulação da fonte do perigo, tornando, portanto, concebíveis unicamente respostas extremas, vingativas ou/e eliminatórias, que não toleram cálculos ou hesitação. Este olhar sustenta a demanda por atuações que se anunciem como decisivas, que não deixem dúvidas quanto a sua eficácia para acabar com aquilo que é entendido como ameaça intolerável. Neste caso, só a ação destruidora será concebida como libertadora³⁰⁸.

Nesse contexto de ânsia expansionista, a proposta desta tese é, na verdade, uma tentativa de subversão dos desejos, que nem se sabe ao certo legítimos, criados pela carência de alteridade e forjados por uma construção ambientada pelo medo e suposta necessidade de eliminação. A intenção é incluir o outro, e não o exterminar.

³⁰⁵ CAPPI, Riccardo. Onde mora o “perigo”: a possível contribuição da Escola de Louvain para (mais) uma criminologia crítica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais** (FDV). Edição Temática "Criminologia Crítica em Debate", v. 15 n. 1 (2014), p. 165

³⁰⁶ Idem, p. 166.

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ Ibidem, p. 167.

Assim, a modernidade vem utilizando-se do Direito Penal para, simbolicamente, manter os indivíduos seguros nas suas casas. Esses locais encontram-se cada vez mais cercados de muros mais altos e com mais sistemas de segurança ao redor. Por isso, faz-se necessário questionar se esse uso exagerado do braço armado do Estado é eficaz e se o *modus operandi* desse ramo do ordenamento vem atendendo às suas missões precípuas, já que o recurso às suas intervenções é constante e abundante.

4.3.2. A barbárie privada como decorrência da vingança pública: uma hipótese a ser considerada.

A atual resposta aos conflitos penais parece ampliar os vazios sociais e reforçar a desunião e o encapsulamento. A premissa de que a vingança pública inibe a barbárie é um argumento disseminado para defender a manutenção do sistema de justiça criminal nos moldes atuais: seletivo e doloroso.

Defende-se que, para evitar o caos supostamente causado pela autotutela, o Estado se organiza e confisca os problemas, dando a melhor solução por meio de uma resposta fria, violenta, hostil e idêntica para as mais variadas e complexas demandas. Porém o saldo não é positivo. O número de delitos só cresce e, apesar das novas tipificações e endurecimento do processo com penas mais altas e maiores restrições na execução penal, a “criminalidade” se mantém.

Além do saldo negativo, a conta não fecha. A extensão do sistema criminal parece não inibir a vingança privada – pelo contrário. A relação entre a violência estatal e a popular é direta, como demonstram Oliveira Filho e Prado³⁰⁹. Por essa razão, a regulamentação em lei da mediação, com acolhimento da política, portanto, por certo trará ganhos gerais e será útil também na tomada de decisões menos violentas por parte da população em geral, pois estimulará formas comunitárias e negociais de solucionar problemas.

Os autores questionam a premissa posta de que, ao tomar para si o poder-dever de decidir os conflitos penais, também como meio de evitar a barbárie da vingança privada, o Estado monopoliza a violência penal. Ao que indica a literatura, ao fazê-lo, o Estado autoriza e fomenta esta forma rudimentar de resolução de conflito.³¹⁰

A defesa desse atuar público se justificaria pela necessidade de não regredir à incivilidade que decorreria da ausência do Estado, porém não se verifica a contenção na

³⁰⁹ OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes; PRADO, Alessandra Rapaci Mascarenhas. O Problema da Vingança Privada (Autotutela): Entre o Minimalismo Garantista e o Abolicionismo Radical. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. v. 4, n. 1, Jan/Jun. Salvador, 2018, p. 61 – 81.

³¹⁰ Idem.

prática, como demonstram os autores³¹¹ na pesquisa empírica que apresentam sobre linchamentos ocorridos na cidade de Salvador.

Os referidos autores³¹² destacam que Hulsman afirma que a vingança privada é muito mais potente e cotidiana em que o sistema criminal público atua intensamente. Acrescentam os dados colhidos na pesquisa na cidade de Salvador no período compreendido entre 2016 e o mês de julho de 2017, para sugerirem a existência de zonas de intersecção entre os dois tipos de reação (estatal e informal) e a coincidência entre os tipos de crimes que são mais perseguidos, bem como entre as pessoas que são mais atingidas pelo sistema penal e pelos linchamentos. A partir disso, afirmam que a ideia de contenção da vingança privada pela atuação pública pode não ser uma verdade, questionando, assim, a noção de que a prevenção da reação informal é o escopo precípua do Direito Penal. Essa finalidade não parece se sustentar.

Partindo também dessas reflexões, corporificadas pela cifra oculta que escancara a não utilização do sistema público de justiça criminal, a defesa da pacificação social pela autotutela é mais do que possível. O encontro mediado é uma forma já existente de solução dos conflitos, devendo, apenas, ser regulada, até para evitar os eventuais casos de excessos e uso da força e violência. A reaproximação social pacífica deve ser estimulada pelo Estado, que, ao regular essa técnica, fomentará o uso da comunicação para conter conflitos e resolver demandas.

Cappi³¹³ chama atenção para a importância extramuros da mediação ao afirmar que ela não constitui somente uma prática, mas um horizonte pautado na concepção do outro e das relações sociais, voltado para a “costura” e não simplesmente para o “corte”. Tal horizonte torna-se crucial para criação e difusão da capacidade de enfrentamento das violências institucionais e estruturais.

Essa providência deve ser realizada em um lugar acolhedor e pacífico, onde as pessoas usam vestes e linguagem não talaras, em um espaço comunitário e aconchegante, ao invés dos ambientes imponentes e antipáticos como os prédios da Justiça. O local deve ser equipado, portanto, com móveis populares, facilitando o acesso, o trânsito e, assim, o encontro entre as pessoas e a solução para seu problema.

Ao pensar em todos esses elementos, é possível afirmar que o argumento da vingança privada como retrocesso não é suficiente, até porque há elementos fortes que o desestabilizam.

³¹¹ Ibidem.

³¹² Ibidem.

³¹³ CAPPI, Riccardo. *Mediação e Prevenção da Violência*. VELOSO, Marília Lomanto; AMORIM, Simone e LEONELLI, Vera (Orgs.). **Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça**. Salvador, 2009, p. 35.

Ademais, eventuais atos violentos por parte de vítimas e agressores podem acontecer em qualquer lugar e época.³¹⁴

Vale pontuar, ainda, que não se desconhece que a população em geral diuturnamente resolve seus problemas na base da força e da brutalidade, chegando, inclusive, a se ter notícias de linchamentos cruéis e penas capitais em determinadas comunidades. Mas esta opção é muito mais fomentada pela violência estatal legalizada (pena privativa de liberdade) e pela violência arbitrária e desautorizada, como é, muitas vezes, a atuação policial, especialmente com uma parcela da população (marcadores já debatidos no capítulo 2).

Assim, a mediação como método de tratar conflitos penais pode favorecer a aproximação das pessoas e, também, devolver a civilidade subtraída pelo próprio sistema de justiça criminal público, que implementa uma situação que prega evitar.

Para tanto, é necessário transpor o paradigma do processo estatal hermético na construção da resposta penal, para que uma nova resposta às condutas taxadas como delituosas sejam edificadas. Isso porque os novos anseios sociais exigem diversificação, uma vez que a univocidade da sanção carcerária, independente da motivação e da consequência do ato praticado, conforme afirma Carvalho³¹⁵, foi desbancada pelas demonstrações dos abolicionistas e densificada pela criminologia pós-moderna.

Carvalho³¹⁶ apresenta o sintoma dessa exaustão na simplificação da solução penal: “o sintoma do esgotamento desta fórmula dogmática é percebido nas indagações, nada atuais, sobre quais critérios permitem conceber condutas tão significativamente díspares sob o mesmo rótulo (crime) e como justifica a mesma resposta jurídica (pena criminal: prisão).”

Apresentando a denúncia da pós-modernidade, o autor³¹⁷ aduz que se faz necessário que as ciências criminais incorporem à análise a categoria da complexidade, para que, assim, ofereçam a possibilidade de múltiplas respostas. Nesse prisma, propõe-se um paradigma alternativo para a resolução do conflito penal, abandonando o retribucionismo puro e o modo estanque do atual sistema estatal, posicionando-se contra a coletividade que, anestesiada, clama pela pena privativa de liberdade, por uma resposta autista fornecida pelo Estado, desconsiderando os anseios da vítima e dos demais membros da coletividade atingidos pelo

³¹⁴ Em março de 2016, uma juíza da Vara de Violência Doméstica foi refém, por 20 minutos, de um acusado, que, depois de jogar um líquido inflamável na magistrada, ameaçou-a com um isqueiro e exigiu que ela afirmasse que ele era inocente. A juíza foi resgatada após negociação de um policial militar com o agressor. Notícia disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/video-mostra-pm-negociando-libertacao-de-juiza-no-forum-butanta.html> Acesso em 14 jun. 2020.

³¹⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 31.

³¹⁶ Idem.

³¹⁷ Ibidem.

delito.

Nessa nova modalidade de obtemperar os conflitos penais, entende-se que o crime, antes de ser uma ofensa à coletividade, é um problema entre duas pessoas e que muitos conflitos podem ser resolvidos diretamente pelos envolvidos, apenas sob a fiscalização do Estado. Isso porque constata-se que os órgãos oficiais que tratam desses eventos não fazem uma leitura do contexto em que ocorreram. Apenas se apropriam do caso penal, a fim de verificar se foram preenchidos os requisitos para a configuração do crime (como tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) e qual sanção correspondente será dosada, aplicada e executada.

Em nome de um paradigma segundo o qual o Estado é capaz de satisfazer os desejos coletivos na elaboração monopolizada da sanção penal, subtrai-se o conflito das partes, tratando o problema a partir de uma premissa objetiva, situação que parece, inclusive, influenciar a barbárie, como trazido por Oliveira Filho e Prado.

Corroborando essa afirmação, Howard Zerk aponta que o paradigma retributivo acompanha a sociedade há muito tempo, de forma que o senso comum acredita que aquele que viola a lei, praticando, portanto, um crime, deve ser punido, sendo essa tarefa do Estado. Assim, naturaliza-se a transferência, ainda que os resultados não se mostrem favoráveis.

Ao afirmar que existem outras formas de ver as coisas, o autor pondera que a tomada do paradigma retribucionista não precisa ser visto necessariamente como um progresso, simplesmente porque se sobrepôs a um anterior (vingança privada). O que parece ser uma evolução pode ser apenas uma impressão. Nesse diapasão, Howard Zerk³¹⁸ aduz:

As interpretações históricas tendem a focalizar dois desenvolvimentos da história da justiça criminal: a ascensão da justiça pública em detrimento da justiça privada, e a crescente dependência do encarceramento como forma de punição. Não há dúvida de que essas duas instâncias foram desenvolvimentos de algum tipo. Com tudo, estudos históricos recentes levantam algumas dúvidas sobre o padrão e significado desses desenvolvimentos. Normalmente pensamos no passado como um período dominado pela justiça “privada”. A justiça privada é caracterizada como vingança pessoal, muitas vezes descontrolada e brutal. A moderna justiça pública, ao contrário, é vista como um processo controlado: mais humano, mais equilibrado, menos punitivo. Presumimos que as prisões são menos punitivas e mais modernas do que aquilo que ocorria antes. Segundo essa perspectiva teríamos nos tornados mais civilizados e racionais na administração da justiça e da punição. A realidade se revela mais complexa do esse quadro convencional sugeriria.

O autor demonstra que essa visão temporal de melhoria não atende ao que se propôs, pois, a justiça pública não civilizou, nem abrandou a punição:

³¹⁸ ZERK, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a Justiça Restaurativa**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 94.

A justiça “privada” não era necessariamente privada, nem envolvia necessariamente vingança. As soluções “privadas” não eram necessariamente mais punitivas, menos comedidas ou racionais do que a justiça dispensada pela esfera pública. Pelo contrário. A justiça pública pode ser até mais punitiva, em sua abordagem, oferecendo uma gama mais limitada de resultados possíveis. A vingança que provavelmente ocorria antes da justiça estatal, era apenas uma dentro de um conjunto muito mais amplo de opções. A chamada justiça privada certamente tinha deficiências, mas o quadro não é tão simples quanto costumamos presumir.³¹⁹

Alertando, ainda, sobre a visão que era dada ao crime na Idade Moderna, o autor³²⁰ constata que antes o crime era visto como um conflito interpessoal, sendo tratado, primeiro, como um mal cometido contra uma pessoa. Valora-se, nesse sentido, o dano efetivamente causado, nascendo obrigações a serem cumpridas por parte daqueles que violaram direito alheio. Nesse prisma, a briga era vista como uma forma de resolver conflitos, mas também uma oportunidade de negociação, restituição e, portanto, restauração, tudo com a participação efetiva das vítimas, ofensores, familiares e comunidade. Ora, tratava-se de solução muito mais efetiva para os conflitos, penais ou não penais, pois, além de agradar a todos, a resposta era muito mais célere e próxima dos envolvidos e da comunidade em que eles estavam inseridos.

Assim, destacando a adequação do uso de métodos privados na solução do conflito, o autor diferencia o conceito de pena e culpa nesta modalidade de justiça consensual, alertando que:

Nossos conceitos de culpa e punição podem representar uma transformação (e talvez uma perversão) desse princípio de “conversão”. A palavra grega *pune* significa uma troca de dinheiro por danos cometidos e pode estar na origem da palavra punição. Da mesma forma, culpa {no inglês, *guilt*} pode derivar no termo anglo-saxão *geldun* que, como a palavra alemã *GELD*, refere-se a pagamento. As ofensas criavam dívidas. A justiça exigia que alguns passos fossem cumpridos para que considerasse reparado o mal. O ofensor e a vítima (ou representante da vítima no caso de assassinato) resolviam a maior parte das disputas e danos – inclusive os que consideramos criminoso – fora das cortes. E o faziam no contexto de sua família e comunidade.³²¹

Aludindo à participação dos envolvidos direta e indiretamente no conflito, o autor³²² registra, ainda, a importância da Igreja e dos líderes comunitários. Eles desempenhavam papéis fundamentais nessas soluções de conflito negociadas, afastando, portanto, a participação e a aplicação de regras e a imposição de decisões por parte de pessoas completamente distantes da dinâmica e realidade interpessoal e comunitária do problema.

Nessa perspectiva, Zerh salienta que havia um interessante limite à vingança privada: os asilos, locais em que as pessoas acusadas de ter cometido delitos corriam para se esconder das vítimas, até sua raiva passar e a negociação poder ser iniciada.

³¹⁹ Idem.

³²⁰ Idem, p. 95.

³²¹ Ibidem.

³²² Ibidem, p. 96.

Ocorre que essa não foi a opção do Estado absolutista, que retirou das mãos da vítima a possibilidade de solucionar os seus problemas, tomando para si o poder de punir e a construção da resposta penal, independentemente dos desejos dos envolvidos. Colocou-os como meros coadjuvantes de um processo penal que era instrumento para impor a pública e aflitiva sanção eleita como adequada e justa, prometendo, ainda, cessar as violações ao direito do imputado. Nesse prisma, acreditando-se sempre que o Estado é capaz de solucionar, de maneira mais eficiente, os problemas criminalizados, optou-se por retirar ofensor e ofendido do palco das discussões.

Ora, se cada delito tem uma razão e uma consequência peculiar, a univocidade da sanção carcerária, resposta idêntica, simples e hierarquicamente imposta, precisa ser revista, e novas formas de tratamento do delito precisam ser apresentadas, consagrando, assim a intervenção estatal mínima, concretizada por meio de um processo penal plural que inclua os desejos e as necessidades das partes no seu leque de preocupações.

4.4. AS BASES PARA A MEDIAÇÃO PENAL NO PROCESSO BRASILEIRO.

Ao delimitar os fundamentos que autorizam a mediação penal no Brasil, necessário regular a saída alternativa que se defende. Para tanto, passa-se a apresentar quais delitos a admitirão, bem como onde o encontro será realizado, quem será o mediador e quais as consequências do sucesso dessa saída. Aduz-se, ainda, acerca do que acontece em caso de descumprimento do acordado, além de estabelecer o órgão responsável pela fiscalização do negócio celebrado.

Antes, entretanto, as previsões legais brasileiras referentes à mediação nas esferas não penais serão apresentadas, demonstrando a atualidade e ajustes ao momento histórico da medida, bem como sua pertinência e atendimento à cidadania no seu sentido amplo e democrático.

Uma resposta necessária que se pretende dar neste tópico é se a mediação penal será uma alternativa ao sistema de justiça criminal ou apenas uma etapa da persecução penal.

Necessário, ademais, enfrentar as questões derivadas, que se referem ao rebaixamento das garantias processuais penais do imputado e à segurança da vítima, críticas pertinentes e preocupações salutaras que permeiam o tema em apreço.

A mediação penal pode ocorrer de forma direta (quando vítima e agressor participam pessoalmente de um encontro facilitado), bem como indireta (quando um terceiro representa pessoalmente a vítima e/ou o ofensor), como esclarece Salinas³²³.

Adiante-se, também, que nessa reunião as partes, de comum acordo, decidirão pela forma de solução do conflito, podendo haver ou não o perdão por parte da parte agredida, ou outra forma de reparação como o pagamento de uma indenização ou a prestação de serviço em determinada localidade.

Nota-se, de logo, que a reparação advinda de uma mediação é construída entre vítima e agressor, e não pelo membro do Ministério Público ou pelo magistrado, ao contrário do que acontece nos demais institutos do atual processo penal – como suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal.

Não se pode também perder a inserção da mediação penal em um sistema de garantias que precisa deixar de ser fachada decorativa para ser implementado em obediência ao programado processo penal acusatório. Diferentemente da atualidade autoritária, devem ser oferecidas medidas concretas de solução diversificada e horizontal dos conflitos, contribuindo, assim, para uma sociedade mais pacífica e harmônica.

No entanto, essa defesa não é feita ao largo das garantias fundamentais. É justamente por defendê-las que se faz a ressalva da inserção do mecanismo aqui defendido dentro de uma política criminal acusatória, sem abandonar ou substituir o processo tradicional. Esse, dentro de uma lógica acusatória e democrática pendente de implementação, serve como resistência a punições arbitrárias, legitimando o poder punitivo.

Para tanto, os argumentos serão articulados em tópicos, na medida em que serão apresentadas as respostas aos questionamentos lançados, não sem antes expor as contribuições já existentes dos outros ramos do ordenamento jurídico brasileiro.

4.4.1. A mediação no ordenamento brasileiro: contribuições necessárias.

A literatura apresenta estudos sobre a mediação em matéria não penal de forma ampla e detalhada. A medida é uma realidade prevista no ordenamento brasileiro e disciplinada no Código de Processo Civil (CPC) ³²⁴ entre os artigos 165 e 175 (“Dos conciliadores e mediadores judiciais”) e artigo 334 (“Da audiência de conciliação ou mediação”). Ela é citada nas disposições iniciais da parte geral, livro I (“Das normas processuais civis”, título único

³²³ SALINAS, Carmen Cuadrado. La Mediación: una alternativa real ao processo penal? *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia*. n. 17, 2015, p. 08.

³²⁴ BRASIL. *Lei 13.105/2015*. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

que recebeu o nome “ Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”), capítulo I (“Das normas fundamentais do processo civil”), mais especificamente no seu artigo 3º, parágrafos 2º e 3º - que preveem as possibilidades de soluções consensuais dos conflitos.

Sobre a mediação prevista da legislação civil, importante registrar que a medida ocorre em centros judiciários de solução consensual de conflitos, compostos e organizados pelos respectivos tribunais. As normas preveem que o mediador não tenha vínculo anterior com as partes e que, ao reestabelecer a comunicação entre os envolvidos, eles identifiquem a melhor solução consensual para o problema que originou a demanda.

Complementa o artigo 166 da Lei 13.105/2015 que a mediação será informada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Destaque-se que a confidencialidade se estende a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Ao tratar do dever de sigilo do procedimento, a lei prevê que o mediador não poderá divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da mediação, como também dispõe sobre a forma livre deste procedimento, incluindo a definição das regras procedimentais.

O CPC prevê, também, a possibilidade de criação de câmaras privadas de mediação, que serão inscritas em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

Ao regram o procedimento da mediação, o artigo 334 do CPC determina que, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu pelo menos 20 dias antes. Cria, assim, o encaminhamento obrigatório para uma tentativa de resolução consensual da demanda, que poderá não acontecer se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição. Em caso de autocomposição, ela será reduzida a termo e homologada por sentença.

Importante salientar que essas formas autocompositivas de solucionar conflitos são tão fomentadas pelo novo código, que há previsão de renovação da tentativa de solução consensual da demanda quando da abertura da audiência de instrução e julgamento.³²⁵

Sobre o tema, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou manual sobre mediação³²⁶, ressaltando a importância do sistema multiportas de resolução dos conflitos, além de reconhecer o altíssimo número de demandas e a insuficiência das respostas oferecidas pelo Poder Judiciário. O documento foi elaborado em 2006 e destacou a necessidade de se alterar a cultura dos membros do Poder Judiciário, cunhando expressões como “Resolução Adequada de Demandas” (RAD) e Autocomposição como adequados métodos de tratamento de conflitos. Fundou, então, um sistema multiportas de solução de demandas que foi acolhido pelo legislador de 2015³²⁷, com as previsões processuais civis apresentadas, ainda que de forma superficial. Nota-se, portanto, a adoção de uma política pública diferenciada, que acolhe o movimento de consensualização, uma vez que estabelece a autocomposição como solução prioritária para os conflitos de interesse.

No mesmo ano de 2015, a Lei 13.140 foi editada, disciplinando a mediação entre particulares no âmbito da administração pública. Neste diploma, o legislador elencou os princípios que orientaram a mediação, quais sejam: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. A norma dispôs, ainda, que ninguém seria obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Ao prever o cabimento da medida, a lei³²⁸ previu que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, exigindo, neste último caso, a apreciação judicial com prévia oitiva do Ministério

³²⁵ É o que diz o Artigo 359 da Lei 13.105/2015: “Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”. (BRASIL. **Lei 13.105/2015**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.)

³²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 6ed. Brasília/DF: CNJ, 2016. Vale destacar a conclusão do órgão exposta na p. 09: “Algumas das atuais soluções para esta delicada situação deficitária envolvem preocupação essencial com o uso racional e eficiente da máquina estatal. Isto porque frequentemente, constatamos partes que, após longos períodos de litígio, recebem integralmente o pedido posto na inicial, mas ainda assim não sentem que ‘venceram o conflito’. Ainda mais quando a vitória é parcial. Certamente se pode afirmar que, se uma parte vence – parcial ou integralmente – uma disputa, mas ainda se encontra insatisfeita ao final do processo, há algo no uso da máquina estatal a ser questionado”.

³²⁷ Até 2015, a norma mais importante sobre mediação era a Resolução 125/2010 do CNJ, instrumento que reforçou a introdução das medidas autocompositivas no CPC de 2015.

³²⁸ BRASIL. **Lei 13.140 de 2015**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#:~:text=L13140&text=LEI%20N%C2%BA%2013.140%2C%20DE%2026%20DE%20JUNHO%20DE%202015.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20%C2%A7%202%C2%BA%20do%20art. Acesso em 01 jun 2020

Público. Excluiu da autocomposição, portanto, os delitos, ou pelo menos aqueles que violem bem jurídico disponível.

Na verdade, ainda que não houvesse a exclusão taxativa, o bloco de legislação que versa sobre crimes não prevê a medida, o que, pela autonomia e particularidades do sistema de justiça penal, leva a concluir pela não admissão.

Ainda que não aplicável aos problemas penais, importante tecer breves comentários sobre a mediação prevista no Código de Ritos Civil e na Lei 13.140/2015, a fim de situar o leitor sobre em que estado se encontra o instituto, bem como sobre de que maneira o Brasil encara essa forma de autocomposição, especialmente diante da postura consensual dos órgãos legislativos e judiciários. Nesse âmbito, o CNJ versa sobre a ampliação dessas saídas negociais, tendo editado a Resolução 125/2010³²⁹ com esse objetivo.

Como salientado, o CNJ editou um manual em 2016³³⁰ incentivando o uso da mediação, entre outras medidas autocompositivas. O órgão se baseou na ideia de autocomposição dos conflitos, podendo se alterar algumas perspectivas no trato com o problema, a começar pela perspectiva temporal, pois esses processos de autocomposição se preocupam com o futuro da relação em questão, e não com os fatos passados, como ocorre no processo judicial.

Do mesmo modo, há uma mudança de foco no processo resolutivo, pois busca-se a melhor saída para a situação presente, não havendo tanta preocupação com a ideia de culpa. Ela constitui o centro de gravidade da heterocomposição, que busca decidir quem está certo e quem está errado. Na mediação, assim como nos demais métodos alternativos de resolução de demandas, se lida com o conflito como fenômeno a ser resolvido de forma preponderantemente colaborativa, não importando tanto a presunção de que pode haver um vencedor e um perdedor.

Assim, abandona-se o monismo processual, admitindo o pluralismo na forma de solucionar conflitos. Significa sair das posições singularistas de que para cada conflito de interesse só pode haver uma solução correta — a do magistrado; passando-se a admitir soluções distintas para problemas variados.

O mesmo manual de mediação do CNJ³³¹ destaca que a ideia de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, quer receber a solução de um terceiro para suas questões vem sendo alterada. A nova perspectiva é de um Estado que oriente as partes para que

³²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125/2010**. Brasília/DF: CNJ, 2010.

³³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Mediação Judicial**. 6ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

³³¹ Idem.

resolvam de forma mais consensual e amigável seus próprios conflitos e, apenas excepcionalmente, decidirá em substituição às partes³³², pois existem diversas respostas concomitantemente corretas (e legítimas) para uma mesma questão.

Na mediação, adotam-se, portanto, soluções reais e reconhecidamente satisfatórias. Elas substituem as ficções legais e jurídicas imaginadas pelo legislador e pelo Judiciário, que são aplicadas por meio de um formalismo que mais distância do que auxilia na resolução dos conflitos. Sem falar no abandono da linguagem e vestes próprias do Direito, que também não ajudam na efetiva resposta aos problemas, inclusive os penais. Assim, além de ampliar a participação das partes, nos processos autocompositivos, espera-se o protagonismo em relação ao que é discutido e à forma como se discute, devendo o mediador atuar facilitando a comunicação, sem protagonizar o encontro.

O papel dos advogados na mediação é negocial e não mais de disputa. Isso demanda, inclusive, a alteração dos currículos acadêmicos para adequar as habilidades do aplicador do Direito a esta nova realidade – já posta no processo civil e pendente de previsão e aplicação em matéria criminal.

Traçadas as linhas principais da mediação em território brasileiro, nota-se o esforço pátrio para implementar medidas horizontais de resolução de conflito, reconhecendo a insuficiência da prestação jurisdicional no molde verticalizado, formal, burocrático e uníssono.

Nesse sentido, a regulamentação da mediação em matéria não penal é útil, podendo servir de parâmetro para a definição das regras do método na seara criminal, com as devidas e necessárias adequações.

Outrossim, a defesa da mediação penal se faz não só pela realidade do sistema criminal, seletivo e estigmatizante, mas também pela necessidade premente de se ampliar a cidadania e dar a roupagem adequada à democracia. Tais elementos seguem comprometidos, pois, segundo as disposições do CNJ, o Judiciário continua sendo o centro de harmonização social, não se outorgando a necessária e verdadeira autonomia às partes, que precisam sempre ser controladas por um órgão estatal e as suas decisões “homologadas” por este terceiro artificial.

³³² Ibidem.

4.4.2. Cabimento amplo da mediação penal: questionando a ideia de gravidade dos delitos.

Definir quando será cabível o envio do caso penal para a mediação é um desafio que exige fôlego e ponderações de diversas naturezas, pois as condutas definidas como crime são variadas e se justificam em razões que oscilam demasiadamente, tendo como justificativas bens jurídicos dos mais diversos. Mas não é só isso. A existência do Direito Penal se justifica também para limitar a resposta aos comportamentos indesejados, e essa é sua faceta mais importante considerando a necessidade de regulação social e centralização do poder para que, assim, seja distribuído e controlado.

Diante da realidade e dos efeitos de uma política criminal hermética é que se embasa a necessidade de diversificar o *modus operandi* do sistema, trazendo os envolvidos para dentro do processo de construção da resposta aos conflitos taxados como criminosos (ainda que interpretados como graves e que sem vítima certa).

Chegar neste ponto exige ponderação, além de coerência e responsabilidade, pois é preciso olhar para o futuro das propostas sopesando suas consequências e seus desdobramentos do ponto de vista real do impacto na vida de toda coletividade.

Diante da realidade e dos efeitos de uma política criminal hermética e aflitiva, é que se embasa a necessidade de diversificar o *modus operandi* do sistema, trazendo os envolvidos para dentro do processo de construção da resposta aos conflitos taxados como criminosos, ainda que interpretados como graves e ainda que eles não tenham vítima certa.

Importante ressaltar que o Direito Penal tutela bens jurídicos concretos, a exemplo da vida e do patrimônio, mas também criminaliza condutas baseando-se em abstrações de difícil verificação. É o caso da polêmica tipificação do tráfico de drogas, que se fundamenta na proteção da saúde³³³, restando como vítima a coletividade, podendo se indagar quem participaria da mediação em casos como esse³³⁴.

Ainda sobre gravidade do comportamento, os critérios utilizados se pautam, basicamente, na quantidade da pena cominada ao ilícito. Nota-se tal impulso na transação

³³³ Entre muitos autores, Karam chama a atenção da questão da criminalização do tráfico das substâncias tornadas ilícitas, ao salientar que não há distinção real entre as substâncias psicoativas tornadas ilícitas (como a maconha, a cocaína e a heroína) e outras substâncias da mesma natureza, que permanecem lícitas (como o álcool e o tabaco). Logo, não há, segundo a autora, qualquer peculiaridade ou diferença relevante entre as drogas ilícitas e as demais lícitas, questionando, portanto, a legitimidade do bem jurídico dito tutelado. (KARAM, Maria Lucia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais In: COLETIVO NABUCO; ESTUDANTES PELA LIBERDADE; e INSTITUTO ORDEM LIVRE LIBERDADE NA ESTRADA. **Liberdade na Estrada**. Recife, set. 2015. Disponível em: http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/126_Drogas-Recife.pdf Acesso em 28 mar. 2018.)

³³⁴ Questão a ser respondida adiante em tópico próprio.

penal, na suspensão condicional do processo e, mais recentemente, no acordo de não persecução penal. Há algumas exclusões em razão da vulnerabilidade da vítima, como é o caso do não cabimento dos institutos previstos na Lei 9.099/1995 nos casos envolvendo violência doméstica contra a mulher, ainda que mantido o patamar legal da sanção abstratamente prevista.

Logo, em relação à definição do cabimento de benefícios penais e processuais penais, o critério utilizado é a gravidade em abstrato do delito, aferida pela quantidade de pena cominada, já que não há definição legal de delito de média e de alta gravidade. Ademais, em algumas situações, o critério é a vulnerabilidade da vítima, independentemente da quantidade da pena imposta (Lei Maria da Penha, por exemplo).

Ou seja, excluindo-se a conceituação de menor potencialidade³³⁵, não há definição legal sobre a alta ou média gravidade dos ilícitos penais, chegando-se a esta classificação pelo maior rigor nas consequências do tratamento estatal que se relacionam àqueles crimes³³⁶.

Logo, a ideia de gravidade decorre das consequências legais associadas aos comportamentos taxados como criminosos, mas não há previsão legal expressa dessa classificação.

Diante dessa ausência legislativa, indaga-se quais seriam os critérios utilizados para defender o encaminhamento de um caso para a mediação penal, questionando se os delitos a que se atribuem penas altas poderiam ser encaminhados para mediação.

Registre-se que o próprio conteúdo do comportamento criminal é mutável, como bem salienta Hulsman ao ponderar que condutas atualmente consideradas criminosas outrora não eram assim classificadas e vice versa³³⁷. E exemplifica sua tese com o desaparecimento das bruxas: o fim da tipificação da conduta de bruxaria assim como desapareceu, em 1975 na França, o direito de o marido encarcerar sua esposa por adultério³³⁸.

Nota-se, portanto, que a própria definição de crime é uma operação artificial, espacial e temporal. O mesmo raciocínio é aplicável à ideia de gradação de gravidade desses comportamentos. Ou seja, um criminoso pode virar um cidadão honesto ou alguém que não

³³⁵ A Lei 9.099 de 1995, multicitada nesta pesquisa, define os delitos de menor potencial ofensivo como aqueles que cominem pena máxima em abstrato não superior a 02 (dois) anos de reclusão, cominada ou não com pena de multa.

³³⁶ Como exemplo concreto pode-se citar os crimes hediondos e o tratamento legal mais rigoroso disposto por BRASIL. **Lei 8.072/1990**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

³³⁷ HULSMAN, Louk. CELIS. Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lucia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 63.

³³⁸ Idem, p. 64

precisa prestar contas à justiça criminal de um dia para o outro, já que é a lei que cria o “criminoso”.³³⁹

Da mesma forma abstrata trabalha-se o conceito de gravidade. Parte-se da premissa que edifica os conceitos e as consequências penais a partir dessa ideia de comportamento grave, tanto que atrai a incidência desse ramo mais punitivo do Direito, o Penal.

E se é assim, deve-se questionar a própria ideia de gravidade. Ela não é debatida nos manuais, tampouco na academia, pois parte-se dela para construir a dogmática e a operação sistêmica de imposição de pena. Os sujeitos do sistema nada mais são do que peças no funcionamento geral de uma engrenagem maior e abstrata que compõe um mecanismo sem alma³⁴⁰.

Assim, é preciso indagar qual a medida utilizada para definir a maior ou menor gravidade de um comportamento em relação a outro, incluindo nesse debate o uso da violência e da grave ameaça, sopesando-os com outras circunstâncias e elementos para decidir se o caso deve ou não ser encaminhado para a mediação ou, ainda, qual a consequência dessa mediação em tais casos, diante da relevância desse encontros.

Louk Hulsman e Jacqueline de Celis ponderam que sobre a ideia de gravidade não existe concretamente essa conclusão e sugerem que uma possível resposta perpassaria pela intenção do agente e pelo prejuízo causado pelo comportamento, porém afirmam que esses critérios não fornecem, por si mesmos, qualquer indicação que permita conhecer a situação de uma maneira útil. E ressaltam que a ideia de gravidade do ato, que constitui a pedra de toque do sistema penal, deve deixar de existir, para que assim o bloqueio imposto dê lugar a outras reações a este ato, modelos muito mais satisfatórios de reação social³⁴¹, entre eles a mediação penal.

Abandonando-se a ideia de gravidade que decorre do tratamento legal destinado aos comportamentos qualificados como crimes³⁴², sejam eles de média ou alta gravidade, pode-se debater a incidência da mediação em qualquer delito, inclusive naqueles considerados mais graves especialmente quando envolve pessoas “concretas” a exemplo de homicídio tentado, roubo, estupro, lesão e ameaça. Esse encontro cara a cara é defendido por Louk Hulsman e Jacqueline de Celis que ponderam que em qualquer caso o domínio do conflito deveria ser

³³⁹ Ibidem.

³⁴⁰ Ibidem, p. 60.

³⁴¹ Ibidem, p. 102.

³⁴² Ibidem, p. 102.

devolvido aos envolvidos, porque a análise dos eventos, bem como a consequência deles, é sempre individual, assim como a solução mais realista para o futuro daquelas pessoas³⁴³.³⁴⁴

Ressalte-se, ademais, que os delitos envolvendo violência ou grave ameaça, como estupro, homicídio e roubo, também podem ser enviados para a mediação, podendo gerar em consequências diversas no caso de sucesso do encontro entre as partes, como será descrito no tópico a seguir. Essa defesa e ressalva são importantes diante da convicção de que outra forma de sociedade é possível de ser edificada também pela forma transversal proposta de responder aos comportamentos taxados como indesejados pelo Direito Penal, sem acolher a ilusão cega de uma sociedade perfeitamente pacífica, mas também ciente que o controle impositivo e cruel atual do sistema criminal não imporá uma sociedade obediente e disciplinada.

Ainda sobre gravidade, importante ponderar que é o Estado quem decide, a partir de seus marcadores, o que é grave, o quão grave o é, e quais as consequências desse evento considerado inadequado pelo Estado. Porém um mesmo acontecimento pode ser visto de modos diversos, a depender, entre outras coisas, da relação prévia existente entre os envolvidos.

Pode-se utilizar como exemplo a criminalização da produção, distribuição e venda do álcool nos EUA entre 1920 e 1933³⁴⁵, bem como a tipificação do tráfico de cocaína hoje nos dois países. Além de crime, o tráfico de drogas ilícitas é punido com uma das penas mais altas da legislação penal brasileira³⁴⁶, além de ser equiparado a crime hediondo. Recebe, portanto, tratamento severo. Analisando as duas condutas, venda de cachaça e venda de cocaína, por exemplo, indaga-se o que justifica tratamentos tão desiguais, se a consequência para a saúde da população é bastante parecida.

Logo, a própria criminalização é questionada, colocando-se em dúvida também o conteúdo e o critério do conceito de gravidade, pela consequência legal decorrente dos crimes, pois seria ela o trunfo justificador da intervenção pública mais ou menos rigorosa.

³⁴³ Ibidem, p. 102.

³⁴⁴ Isso é tão concreto que uma mesma situação problema envolvendo, por exemplo, assédio sexual pode ser encarada de formas completamente diferente por vítimas diversas. Uma menina de 19 anos, criada com mimos e delicadezas encara uma cantada inadequada de um professor de modo absolutamente diferente de uma menina de 20 anos que teve uma educação menos mimosa e delicada. Claro que as repercussões na vida de ambas as vítimas serão diferentes, mas o Estado, via sistema penal, oferta um mesmo tratamento.

³⁴⁵ A Lei Seca foi revogada em 1933.

³⁴⁶ Artigo 33 da Lei 11.343/2006: “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.” (BRASIL. Lei 11.343/2006, Brasília, DF: Senado Federal, 2006.)

Pode-se, ainda que como argumento de reforço, incluir na ponderação sobre o cabimento da mediação penal a ideia de “perigo” ou de “perigoso”. Como já salientado, linhas atrás, Riccardo Cappelletti faz importantes considerações sobre a redução do conhecimento que sempre decorre de uma parcial visão dos fatos, pois condicionado a uma grade particular de leitura³⁴⁷. Assim, segue o autor, a definição das situações sempre será parcial, ligada a um princípio utilitário por parte do observador que lê os acontecimentos de forma deformada, fazendo uma seleção da realidade observada, reconstruída a partir de elementos que assumem uma significação própria para o observador³⁴⁸.

Decerto, a construção artificial da ideia de grupo de pessoas perigosas também serve como argumento na defesa da técnica ora defendida, considerando as reflexões já apresentadas sobre as práticas de controle decorrentes dessa maneira disforme e reduzida de interpretar os fatos e os outros.

Assim, decantando-se a ideia de gravidade, bem como de perigoso, como impedimentos ao encaminhamento dos casos à mediação, passa-se a defender o cabimento desta via de solução para casos penais independentemente da quantidade de pena cominada aos comportamentos criminalizados, bem como pelo uso da violência ou grave ameaça empregada no ato delituoso, ressaltando-se, desde já e mais uma vez, que a consequência do eventual acordo pode ser diferente como se detalhará no tópico próprio.

4.4.2.1. Casos envolvendo vítimas certas não vulneráveis: a mediação como instrumento de pacificação social.

Louk Hulsman e Jacqueline de Celis³⁴⁹ defendem que o enfrentamento direto do problema entre os envolvidos é um campo extremamente fecundo, ao contrário do tratamento daquele evento como crime. Pontuam também que problemas podem servir de desafios a encontros que exigem diálogos e confrontações, estimulando, em cada um, a descoberta da sua própria identidade.

O encaminhamento do caso para a mediação se daria, então, em casos de delitos cometidos contra a pessoa, ainda que não fosse o cidadão o objeto do delito, mas tendo havido uma vítima certa, a mediação é indicada, ainda que esses indivíduos nunca tenham se visto

³⁴⁷ CAPPELLETTI, Riccardo. Onde mora o “perigo”: a possível contribuição da Escola de Louvain para (mais) uma criminologia crítica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais** (FDV). Edição Temática "Criminologia Crítica em Debate", v. 15 n. 1, 2014, p. 165-167.

³⁴⁸ Idem, p. 169.

³⁴⁹ HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lucia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 104.

antes do evento problemático e que na prática delitiva tenha se empreendido o uso da força ou da grave ameaça.

Esses encontros são mais fáceis quando os envolvidos já se conhecem, guardando relações pretéritas que fazem a mediação ser mais indicada, na medida em que levarão em consideração um caminho de vida com diversos eventos, não apenas aquele taxado como criminoso. Nota-se que o processo penal vê uma quadra da vida de uma pessoa, um momento específico, e não todo o caminho da sua trajetória. O percurso que pode ser levando em conta pela vítima, na solução final a ser dada ao problema, é bem mais extenso e, por isso, completo, quando as partes envolvidas já se conheciam anteriormente.

Vale a pena exemplificar dois casos reais³⁵⁰, considerados graves pela legislação brasileira, que lhes comina penas altas, mas para os quais a mediação seria cabível e eficiente. Ambos envolvem pessoas físicas diretamente atingidas e que se conheciam antes do evento problemático.

Um deles diz respeito a um rapaz que quando mais jovem, ainda menor de idade, mostra seu pênis a uma prima, também menor à época dos fatos e que, após anos de terapia acessa a memória e, de certo modo preenche as lacunas decorrentes do tempo com fatos que não ocorreram ainda mais graves do que a cena de exposição do membro genital. Imagine que os pais dos envolvidos, irmãos, sempre foram muitos amigos e pertenciam a uma família harmônica e unida. A narrativa é devastadora. Aquelas pessoas que sempre se relacionaram bem, que passavam longas tardes de domingo conversando e dividindo a vida, de repente, são personagens de uma trama lamentável, triste e definitiva, pois envolve acusações de um ato gravíssimo denominado de estupro de vulnerável, ainda que imputado a um adolescente.

A versão do rapaz é que nunca teve contato físico entre ele e a prima e que o fato teria sido isolado e sem qualquer toque físico. Já a vítima alega que houveram diversas situações, inclusive com desdobramentos em ações carnais. O jovem adulto recebe as acusações com revolta, tristeza e uma introspecção tamanha, momento em que demonstra a intenção de esclarecer e pedir desculpas, ao passo que os pais dos envolvidos passam a fazer acusações recíprocas, ao mesmo tempo que choram e se perguntam o que vai acontecer com suas famílias, em tom de grande lamento.

³⁵⁰ Registre-se que esta pesquisadora é também advogada e atua em diversos processos criminais e, respeitando as partes envolvidas, narra casos que chegam ao seu conhecimento e desafiam a sua atuação profissional, sendo aqui citados e utilizados como exemplo.

A visão reduzida do quadrante da história pode levar a conclusão antecipada e simplista da ideia de gravidade e perigoso, sem oportunizar outras possibilidades e diferentes formas de abordagem do problema.

Outro caso que se pode citar é o caso de uma professora que envia imagens com contornos sexuais a uma criança, sua aluna, sem querer, pois equivoca-se ao selecionar o remetente em um aplicativo de troca de mensagens, pois o destinatário adulto, com quem a docente se relaciona, tem a inicial do nome igual ao nome da menina que a professora acaba enviando o arquivo, por erro, com quem a remetente estava conversando para tirar dúvidas da matéria. Sabe-se que o envio culposo dessa espécie de correspondência não configura crime, porém, por vergonha e medo, a professora inventa que teriam invadido seu celular, criando uma história mirabolante que torna a verdade dos fatos questionável para ser revelada a essa altura do desenrolar dos fatos.

No meio de tantos desdobramentos conturbados, o que deve acontecer? Uma boa conversa entre todos seria um caminho possível e suficiente para esclarecer e resolver a questão. A mãe da criança, que desejava “justiça”, pois viu as imagens inadequadas que a filha recebeu e exige nomes e providências, poderia ouvir os esclarecimentos e pedido de desculpas, sem essa sanha por vingança oferecida pelo Direito Penal e acolhido pela sociedade como única solução para o conflito.

Do outro lado, o desespero da professora se justifica, porque ciente dos danos que a sua atitude podem causar à menina, também sabia que seu pedido de desculpa poderia gerar uma confissão perigosa, considerando o desdobrar dos fatos que encadearam a sequência confusa de acontecimentos que poderia implicar em alguma responsabilidade, inclusive, penal.

Esses dois eventos são exemplos de prática de comportamentos que poderiam ser encaminhados à mediação penal, criando a oportunidade do arrependimento e do esclarecimento dos fatos, ao invés do habitual e estratégico silêncio e da eventual aceitação de uma pena que não tem finalidade reparadora à vítima.

Essa empreitada mediadora possibilita não só o esclarecimento dos fatos, já que muitas vezes nem a denúncia do Ministério Público³⁵¹, nem a própria versão da vítima³⁵²

³⁵¹ O que o órgão acusador narra na denúncia é o resultado da sua percepção sobre o que leu do Inquérito Policial que, do mesmo modo, foi a compreensão que o Delegado de Polícia expôs no relatório sobre o que as testemunhas, o ofendido e o réu lhe informaram. Tudo sempre carregado de contribuições pessoais e interpretações inerentes à dinâmica escrita dos procedimentos.

³⁵² O evento criminoso é permeado de emoções, o que contamina a percepção segura dos eventos, como eles acontecem e como são registrados na memória humana. Os estudos sobre a memória vêm sendo realizados por diversos autores. (STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas

correspondem à verdade dos fatos. Entre o evento danoso e a sua abordagem, há uma gama de contaminações³⁵³ possíveis, que influenciam as narrativas e percepções sobre o que realmente aconteceu.

Assim, considerando também os estudos da neurociência e as variáveis da compreensão humana, o encontro entre os envolvidos é ainda mais recomendável, pois possibilita o esclarecimento e o entendimento do que de fato aconteceu, além de oportunizar o entendimento e arrependimento, sem necessariamente implicar em refazimento de relações abaladas ou retomadas de laços de afeto, havendo, pelo menos, a redução dos danos ocasionados tanto pelo fato em si como pelo processo penal tradicional impositivo, frio e atomizado e a sua consequente sanção aflitiva³⁵⁴.

Os exemplos citados são de defesa mais fácil pela existência de relação precedente entre os envolvidos. Isso implica no conhecimento prévio da personalidade das pessoas envolvidas e nas experiências já partilhadas entre elas, e até em uma certa empatia entre as pessoas, contextualizando, portanto, o fato delitivo, ponderando o comportamento do autor antes e depois do evento danoso.

Nota-se, ainda, a ausência de violência real e grave ameaça nas condutas que se defendeu o encaminhamento para a mediação. Mas isso não exclui a possibilidade de se encaminhar casos envolvendo violência ou grave ameaça.

Imagine-se um casal de irmãos e que o jovem de 19 anos, até então sem histórico de problemas de relacionamento, inclusive com sua irmã, jovem de 22 anos de idade, um dia após brigar com a namorada, decide beber um pouco e, ao chegar em casa, encontra a irmã, os dois discutem e o rapaz acaba a agredindo no rosto com um soco, causando-lhe lesões corporais de natureza grave.

Outros exemplos podem ser empunhados na defesa do cabimento da mediação quando as partes já se conhecem e acabam se envolvendo em um conflito que envolva briga, até com violência física, sendo essencial pontuar essa situação para não descartar de plano a possibilidade da mediação pela presença da elementar circunstancial.

e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010.)

³⁵³ Desde o transcurso do tempo até o viés do entrevistador, com a possibilidade de falsas memórias espontâneas ou por contaminação externa.

³⁵⁴ Frise-se, por oportuno, que os reconhecimentos pessoais realizados em sede de investigação policial são passíveis de questionamentos, considerando que não observam os critérios legais e têm sido feitos por fotografias apresentadas por aplicativos, violando de forma frontal a devida persecução penal e seus inerentes limites. Nesse sentido, o STF já anulou condenação baseada nessa diligência (e prova), conforme julgamento do Habeas Corpus nº 172606, realizado em agosto de 2019 e relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Assim, o cabimento da mediação pode ser amplo para envolver casos envolvendo delitos com penas altas e, também, crimes praticados com violência ou grave ameaça.

Essa modalidade de solução penal também é bem recepcionada sem maiores questionamentos quando se trata de atos infracionais (comportamentos cometidos por menores). Além da legislação vigente acolher expressamente métodos restaurativos, como se lê no artigo 35, inciso III da Lei 12.594/2012 – que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)³⁵⁵-, compreende-se com mais facilidade que essas pessoas são “recuperáveis”, pois indivíduos ainda em formação³⁵⁶.

A incidência da mediação nesta espécie de ilícito é mais do que aconselhável. Já é uma realidade no Brasil, pelo menos no plano teórico, merecendo o aperfeiçoamento e implantação comunitária, como será exposto nos tópicos próprios. Acrescente-se, ainda, que foi nessa faixa etária em que se desenvolveram as primeiras experiências restaurativas, como demonstra Sica³⁵⁷ ao abordar a influência das comunidades australianas e da Nova Zelândia³⁵⁸.

Como alertam Chris Marshall, Jim Boyack, e Helen Bowen³⁵⁹, o surgimento da Justiça Restaurativa - e sua enorme carga de participação comunitária - na Nova Zelândia a partir da grande insatisfação na comunidade Maori com o tratamento com que as agências sociais e a justiça criminal vinham tratando os jovens que cometiam crimes, passando a incluir, como fase da intervenção, o encaminhamento a encontros restaurativos. A tática deu tão certo que foi estendida à justiça de adultos. Assim, através de experimentos pontuais, inspirados nos modelos de *family group conference*, os primeiros encontros se deram em 1994, e foram facilitados por voluntários que acreditavam que o modelo de justiça para jovens podia ser aplicado no tribunal de adultos, com alguns ajustes, a exemplo da voluntariedade quanto se trata de adultos³⁶⁰.

³⁵⁵ Artigo 35 da Lei 12.594/2012: “A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios: [...] III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.” (BRASIL. **Lei 12.594/2012**. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.)

³⁵⁶ Saliente-se que esta não é uma visão unânime, considerando a parcela da população brasileira que defende a redução da maioridade penal e a ampliação da duração das medidas socioeducativas.

³⁵⁷ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ MARSHALL, Chris, BOYACK, Jim, e BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática Uma Abordagem Baseada em Valores. SLAKMON, C., R. DE VITTO, e PINTO, R.G. (Org.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 269-280.

³⁶⁰ MARSHALL, Chris, BOYACK, Jim, e BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática Uma Abordagem Baseada em Valores. SLAKMON, C., R. DE VITTO, e PINTO, R.G. (Org.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 268.

Nesse sistema (Nova Zelândia), quando o infrator não é adulto, é sempre a autoridade policial que decide o que irá fazer, independente do crime praticado, exceto na hipótese de homicídio, que vai direto para o Tribunal de jovens como informam os autores citados³⁶¹.

Observa-se que esta é uma mudança cultural, reveladora de acolhimento e compreensão em substituição a velha forma desconfiada e punitiva de encarar os casos que envolvem atos ilícitos, notando-se, assim, que a preocupação maior é com o caminho a ser percorrido em substituição ao foco na providência final que será adotada.

Fundamental registrar que, em uma sessão de mediação o seu desenvolvimento oportunizando o diálogo, o enfrentamento e o entendimento entre os envolvidos é o que efetivamente importa, pois fortalece os laços sociais e a participação concreta dos atores da situação problema na construção da solução dos quesitos apresentados e debatidos.

Nesse sentido, é preciso pontuar a relação entre Direito e Processo, esclarecendo que tal ligação não pode ser encarada como meramente instrumental. Isso porque: “o Direito é produzido a cada ato de sua produção, concretiza-se com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado”³⁶². Nesse sentido, o Direito tem caráter integrativo, tornando-se tão fundamental como “dizer o próprio Direito”³⁶³.

Entendendo essa dinâmica e integração entre Direito e Processo, pode-se perceber que o mais importante é o encontro em si, muito mais do que o seu resultado final, pois é nessa oportunidade de troca de sentimentos, de contato mediado entre os envolvidos na situação problemática, quando cada um deles irá expor suas impressões e diferentes abordagens sobre o fato ofensivo, que serão desfeitos os sentimentos negativos que brotaram, trilhando o caminho inverso ao do delito. Essa passagem será decisiva para o sucesso do procedimento.

Nesse sentido, são, de novo, as palavras de Passos³⁶⁴ as mais adequadas para defender que o resultado da mediação não é tão importante como o seu processo, pois: “(o processo) não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio ser do Direito” e acrescenta que a relação entre Direito e Processo não é uma relação de meio/fim, instrumental como se proclama: “porém orgânica, integrativa”.

³⁶¹ Idem.

³⁶² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 68.

³⁶³ Idem.

³⁶⁴ Ibidem, p. xx.

Necessário pontuar também o cabimento do encaminhamento para a mediação de conflitos praticados contra criança e adolescente, bem como contra mulheres, ainda que em situação de vulnerabilidade.

4.4.2.2. Casos envolvendo vítimas especialmente vulneráveis: adequado o procedimento.

Diante da possível polêmica que envolverá o encaminhamento para mediação penal de casos envolvendo vítimas especialmente vulneráveis, essencial explicar o destaque do encaminhamento desses conflitos.

Antes de expor as razões dessa opção, necessário pontuar que a legislação brasileira, diferente da portuguesa, por exemplo, não tipifica essa modalidade de vítima. Isso quer dizer que o Brasil não legislou nomeando essa qualidade especial de certas vítimas, mas se pode concluir que há um tratamento penal diferenciado quando o delito envolve esses ofendidos, afirmando-se, portanto, quem são os especialmente vulneráveis.

Apenas para ilustrar e servir de base, o Código de Processo Penal lusitano, no seu artigo 67-A, nomeia a vítima especialmente vulnerável como:

a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social³⁶⁵.

Apesar da conceituação, não estão explícitas na legislação brasileira as circunstâncias consideradas no tratamento ofertado a tais ofendidos especiais. Prova disso são os microsistemas e os blocos legislativos que apresentam normativas de maior proteção a alguns grupos de vítimas, considerados, portanto, especialmente vulneráveis. É o que se pode concluir pelo tratamento penal mais rigoroso quando os crimes envolvem vítimas mulheres, crianças, além de idosos e pessoas com deficiência³⁶⁶.

A existência dos estatutos, a exemplo do Estatuto da Criança e Adolescência, Estatuto do Idoso e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, além da Lei Maria da Penha (que também pode ser considerada um estatuto) é exemplo desse tratamento mais restritivo do acusado por crime envolvendo essas vítimas.

³⁶⁵ Não há legislação brasileira indicando a denominação utilizada nesta tese. De maneira diversa, Portugal estabelece a problemática por meio da Lei n.º 130/2015, que alterou o Código de Processo Penal português e criou o Estatuto da Vítima. Legislação disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=2394A0021&nid=2394&nversao=&tabela=leis Acesso em 13 nov. 2020.

³⁶⁶ Esses grupos não são os únicos, podendo se incluir os negros e os imigrantes, entre outros.

Ao expor a crise da codificação, Mello³⁶⁷ pontua que os microssistemas são diplomas que tratam de situações concretas até então não previstas, preenchendo lacunas e atualizando o Direito, dando, portanto, tratamento diferenciado a certos grupos.

No que toca o Direito Penal, essa especial proteção pode se desdobrar em tipificação de condutas que afetam especialmente essas coletividades especiais, e na esfera processual penal pode-se restringir benefícios ou prever cautelares particulares, a exemplo das medidas protetivas de urgência disciplinadas na Lei 11.340 de 2006 nos casos de delitos envolvendo violência doméstica contra mulher.

Assim, pelo tratamento penal mais rigoroso, esses grupos podem ser classificados como vítimas especialmente vulneráveis.

Também antes de minuciar as razões da adequação do encaminhamento desses casos para a mediação penal, necessário antecipar as modalidades de mediação que se pretende implementar na já tardia adoção do sistema processual acusatório, quais sejam: a direta - aquela que conta a participação da própria vítima - e a indireta, que será realizada por um terceiro, que atuará em nome do ofendido e/ou do agressor.

Ademais, necessário pontuar que os efeitos da mediação também podem variar, como será disposto em tópico próprio, implicando em suspensão do processo ou redução da eventual pena imposta. Desdobramento que vai depender do caso concreto, já que, em delitos envolvendo violência ou grave ameaça à pessoa, a providência penal deve ocasionar a redução da sanção ou a substituição da qualidade da pena, impossibilitando a privação da liberdade pela participação na mediação com cumprimento do acordo celebrado.

Assim, a mediação envolvendo vítima especialmente vulnerável pode ser de duas modalidades: de forma isolada ou progressiva, entendendo-se essa última como rodadas de mediação que se iniciariam com representantes das partes ou de uma delas e, dependendo do que ocorresse, as rodadas seguintes poderiam ser realizadas com a participação direta dos envolvidos no problema.

A defesa do encaminhamento para a mediação penal também nesses casos toma como exemplo de partida uma narrativa recente e chocante, exibida em uma série da Netflix³⁶⁸, que contou o caso do menino Gabriel Hernandez. A criança foi torturada durante anos até a morte por sua mãe e pelo companheiro da sua genitora.

³⁶⁷ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **Direito Penal: Sistemas, Código e Microssistemas Jurídicas**. São Paulo: Juruá, 2004, p. 90.

³⁶⁸ KNAPPENBERGER, Brian. **The Trials of Gabriel Fernandez**. EUA: Netflix, 2020. (6 episódios.)

O caso é revoltante, pois o casal trancava o menino em um armário, fazendo a criança sofrer diversas formas de lesões, desde queimaduras de cigarro, socos, até ter os dentes quebrados com tacos de Baseball e ainda era obrigado a comer areia de gato, vindo a óbito em 2013 em razão de mais uma sequência de agressões. Tudo se passa na Califórnia – Estados Unidos. Registre-se que a criança passou a morar com a mãe e o padrasto apenas nos seis últimos meses de vida, tendo vivido após o nascimento com um tio, até os quatro anos de idade, e depois com a avó materna³⁶⁹.

Essencial trazer a debate casos como esses para entender a defesa da mediação também nessas circunstâncias que desafiam um pensar mais atento e racional, sem perder de vista que o encaminhamento desses réus para o sistema carcerário não implica, pelos dados, no fim da eventual empreitada criminosa, além de não conscientizá-los e nem recompor a comunidade onde os fatos aconteceram.

Do mesmo modo, a pena de morte imposta ao companheiro da mãe da vítima ou a prisão perpétua, sanção aplicada à genitora do menino, não ocasiona qualquer benefício, seja aos demais membros da família da vítima ou à comunidade próxima. Implica apenas em uma vingança exigida por parte de uma parcela social, muitas vezes manipulada e inconsciente, sem entender as causas que levam um casal a praticar ações como as narradas, permanecendo, muitas vezes, com os mesmos hábitos, pela despreocupação do sistema.

Ouvir os réus e eleger um representante para falar em nome do pequeno Gabriel seria um meio de conscientizar e compreender as razões que levaram o casal a praticar atos tão cruéis e, assim, ao invés de só conter, poder-se-ia desfazer a espiral de criminalização que os envolve e, potencialmente, não cessará com o envio simplista para atrás de grades.

Diante da situação concreta, a consequência da mediação pode não ser a suspensão do processo, mas a eventual redução da pena a ser imposta e até a substituição por restritivas de direitos, por envolver violência à pessoa.

A utilização de um caso de extrema gravidade não é desproposita, pois defender a mediação em casos envolvendo, por exemplo, correção via maus tratos (palmada)³⁷⁰ e até o

³⁶⁹ A série é também muito interessante pela imputação do assassinato aos membros do serviço social que foram, por mais de uma vez, acionados pela professora de Gabriel e ao visitarem a residência da criança eram enganados pela mãe de Gabriel que sempre dizia que estava tudo bem e que as lesões aparentes era fruto de quedas de bicicleta e demais brincadeiras.

³⁷⁰ O artigo 136 do Código Penal define maus tratos como: “Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. § 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. § 2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. § 3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14

delito de abandono de incapaz³⁷¹ é mais fácil pela menor gravidade e consequências³⁷². Casos assim oferecem condições mais favoráveis para convencer o leitor da adequação de saídas não aflitivas para a solução dos problemas penais.

Mas a mediação tem uma força motriz muito maior do que a mais “adequada” solução para os casos penais: a certeza de que também aqueles cidadãos acusados de delitos mais graves – e até repugnantes como é a tortura de uma criança – são capazes de lidar com seus problemas e experimentar soluções diferentes da sanção privativa de liberdade imposta por meio do processo penal tradicional.

Uma nova sociedade pode ser construída a partir dessa opção não aflitiva, negociada e particular de resolver conflitos, afastando-se, portanto, do Estado Juiz e de suas soluções de sempre para as mais diversas condutas humanas definidas como crimes. Ou, em certos casos, impactando na sanção penal de forma a amenizar a sua quantidade ou qualidade. O método proposto defende uma sociedade mais solidária e integrada, ainda que esse caminho seja iniciado por um evento delituoso, normalmente doloroso, como é o crime.

A defesa da mediação em todos os casos pode dar margem a uma certa ideia de romantismo, pois pode parecer utópica a construção de uma sociedade mais solidária a partir do cometimento de um crime.

Mas há de se questionar o quão (ou mais) utópicos são aqueles que creem que o atual sistema de criminal é capaz de implementar uma sociedade mais pacífica e solidária. Destaca-se, nesse contexto, o sistema carcerário pátrio e seus diversos problemas, já reconhecidos tanto pelas instâncias nacionais³⁷³ como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)³⁷⁴, instância internacional.

(catorze) anos. (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990).” (BRASIL. Decreto-Lei 2.848 - **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1940.)

³⁷¹ A maioria dos casos de abandono de incapaz resulta em consequências sem maiores danos, como por exemplo um pai que deixa filho pequeno para ir ao mercado e a criança chora até os vizinhos intervirem.

³⁷² O artigo 133 do Código Penal define como: “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos.” (BRASIL. Decreto-Lei 2.848 - **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1940.)

³⁷³ O estado inconstitucional de coisas do sistema carcerário já foi reconhecido pelo STF por meio da mencionada ADPF 347.

³⁷⁴ Em dezembro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou duas decisões sobre casos do sistema prisional brasileiro sob sua jurisdição. Presos do Complexo Penitenciário do Curado, em Recife, e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro, ambos superlotados e com condições degradantes, terão os dias de prisão computados em dobro, em razão da situação precária e violadora de direitos humanos. Segundo as decisões, a Corte reconheceu que, em ambos os casos, as condições de aprisionamento violam a lei brasileira e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem caráter vinculante no Brasil. (CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de fevereiro de 2017; e CORTE IDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de novembro de 2018).

É também pela realidade do sistema carcerário brasileiro que se propõe uma forma mais humanizada de solucionar os problemas envolvendo crimes, mas não só por ele. O sistema carcerário é apenas uma amostra de uma cultura punitivista que acredita no enjaulamento de pessoas e tolera a violência estatal sob as inverificáveis premissas de tutela de bem jurídico e contenção de lesões.

Por isso se defende o encaminhamento para a mediação de modo amplo, tanto dos casos envolvendo crimes que tenham vítimas indeterminadas, como nos de ofendidos determinados, que se conhecessem previamente ou não.

Em relação aos casos que envolvem vítimas menores que podem participar ativamente da mediação, o envolvimento desses jovens também oportuniza a construção de uma sociedade mais harmônica e unida, pois a forma dialogal de enfrentar os problemas, inclusive os penais, além de desfazer eventual espiral de vitimização, também molda uma juventude capaz de lidar com os conflitos de forma individual e responsável, sem delegar ao outro o encontro da resposta específica para aquele problema.

O tipo de solução do problema direciona o modelo de sociedade que enfrenta aquela situação conflituosa, podendo se eleger um meio consensual em substituição a um paradigma aflitivo. Gera-se, então, a experiência de uma nova forma não só de justiça criminal, mas de sociedade organizada.

Por outro lado, também pode-se argumentar que o atual modelo retributivo de justiça criminal brasileiro reforça a vitimização, pois não há espaço para o desfazimento também dessa espiral que ocasiona consequências cruéis para o ofendido. Ele, muitas vezes, até se culpa pelo evento danoso pelo qual passou, questionando suas atitudes e suas escolhas, quando pode ter sido apenas uma escolha não criteriosa do autor do fato, como demonstra Zerh. No entanto, muitas vítimas não saberão disso e se culparão pelo ocorrido, pois o modelo atual não acolhe essa preocupação. O sistema atual apenas confisca o conflito e, ao qualificá-lo como delito, dá-lhe uma sanção.

Pensando sob o prisma da vítima, o mesmo autor salienta que, ciente da providência estatal, muitas delas deixam de procurar as instâncias oficiais de controle pelo desatendimento do seu propósito diante da consideração de solução inadequada ou insuficiente do seu problema.

Várias são as razões para a vítima não procurar a tutela estatal. Por exemplo, quando conhece desde antes o autor do fato, nutrindo, eventualmente, algum sentimento afetivo por

ele; ou por entender que a providência estatal não atende aos seus anseios, vez que em um crime contra o patrimônio, por exemplo, a vítima deseja apenas o seu bem de volta, não sendo possível, muitas vezes, satisfazer esse desejo.

Nesse sentido, afirmando que o conflito é apenas uma das formas de interação social, Wunderlich e Carvalho ponderam:

Importa, então, estabelecer o conceito de conflito social, o conflito entre indivíduos que compõe a sociedade. Como é cediço, no âmbito das ciências criminais alguns conflitos são selecionados, sendo tratados como desvio de conduta. Alguns conflitos, então, passam a figurar como infração penal – delitos/crimes e contravenções. Ver-se, então, que, enquanto interlocutores da discussão da função do Direito Penal, temos o desafio de, com atenção as ciências correlatas, tentar minimizar os conflitos interindividuais praticados pelos atores desviantes. Nessa perspectiva, surge a necessária reinvidicação da transdisciplinaridade para sua resolução. Esta reinvidicação aparece num momento de consciência da crise dos paradigmas que produzem o conhecimento científico e da necessidade de sua superação, preenchendo a lacuna apresentada por meio da flexibilização e do intercâmbio entre os pesquisadores e os saberes por eles produzidos. Nasce uma transdisciplinaridade que é complementar a aproximação disciplinar: “faz emergir da confrontação das disciplinas dados novos que as articulam entre si; oferecendo-nos uma nova visão da natureza e da realidade. A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias disciplinas, mas a abertura de todas elas aquilo que as atravessa e as ultrapassa”. O Estado depende de instrumentos de minimização, surgindo a necessidade da existência de uma concreta política criminal com potencial prático-teórico capaz de estabelecer critérios de racionalização para aqueles atores desviantes que não tiveram a oportunidade de receber o processo de socialização. Quando os instrumentos informais de soluções dos conflitos falham, surge o Estado punitivo – com seu poder-dever -, como último recurso de controle social.³⁷⁵

Ainda nesse sentido, Zerh acrescenta, alertando a razão dessas reações diversificadas, pois o crime é:

[...] essencialmente uma violação: uma violação do ser, uma dessacralização daquilo que somos, daquilo em que acreditamos, de nosso espaço privado. O crime é devastador porque perturba dois pressupostos fundamentais sobre os quais calcamos as nossas vidas: a crença de que o mundo é um lugar ordenado e dotado de significado, e a crença na autonomia pessoal.³⁷⁶

Tratando do processo de recuperação, o mesmo autor frisa que: “Para se recuperarem, as vítimas precisam passar da fase de ‘retração’ à fase de ‘reorganização’”³⁷⁷.

Indagando sobre como essa recuperação seria possível, o autor alerta que: “somente a vítima poderia responder com autenticidade essa pergunta, pois as necessidades variam de pessoa para pessoa”³⁷⁸. E passa a descrever um quadro geral dessas necessidades:

³⁷⁵ WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18-20.

³⁷⁶ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 76

³⁷⁷ Idem, p. 25.

³⁷⁸ Ibidem, p. 25-26.

O mais óbvio é que as vítimas precisam de ressarcimento por suas perdas. Prejuízos financeiros e materiais podem constituir um fardo financeiro muito concreto. Além do mais, o valor simbólico das perdas pode ser tão importante ou até mais importante que o prejuízo material em si. Em todo caso a indenização contribui para a recuperação. Pode ser que seja impossível ressarcir plenamente as perdas materiais e psicológicas. Mas a sensação da perda e consequente necessidade de reparação material podem tornar-se muito prementes.³⁷⁹

Ressaltando quais são as necessidades da vítima, o autor descreve quais perguntas precisam ser respondidas: (i) O que aconteceu? (ii) Por que aconteceu comigo? (iii) Por que agi da forma como agi na ocasião? (iv) Por que tenho agido da forma como tenho desde aquela ocasião? (v) E se acontecer de novo? (vi) O que isso significa para mim e para minhas expectativas (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)?

Pondera também que algumas dessas perguntas só podem ser respondidas pelas próprias vítimas. Elas devem encontrar sua própria explicação, por exemplo, para seu comportamento na ocasião e, a partir de então, resolver qual será sua reação diante de situações similares no futuro. No entanto, as duas primeiras perguntas se referem aos fatos que constituíram a violência. O que aconteceu realmente? Por que comigo? Tais informações podem ser muito preciosas para as vítimas e as respostas a tais questionamentos podem constituir uma passagem para o caminho da recuperação. Sem respostas, a cura pode ser difícil.³⁸⁰

E prossegue, corroborando a tese de necessidade de inclusão da vítima, qualquer que seja ela, na construção da resposta para seus conflitos, para o adequado processamento do dano que sofreu, lesão que precisa ser trabalhada para ser superada:

Além de indenização e respostas, as vítimas precisam de oportunidades para expressar e validar suas emoções: sua raiva, medo e dor. Mesmo que seja difícil ouvir esses sentimentos, e mesmo que não estejam de acordo com o que gostaríamos que a vítima sentisse, eles são uma reação humana natural à violação do crime. Aliás, a raiva precisa ser reconhecida como uma fase normal do sofrimento, um estágio que não pode ser pulado. O sofrimento e a dor fazem parte da violação e precisam ser ventilados e ouvidos. As vítimas precisam encontrar oportunidades e espaços para expressar seus sentimentos e seu sofrimento, mas também para contar suas histórias. Elas precisam que sua “verdade” seja ouvida e validada pelos outros.³⁸¹

Nesse processo, o autor introduz a ideia de outorgar à vítima poder para que ela faça parte da produção de justiça, devido à necessidade de vivenciar essa experiência:

As vítimas precisam também de empoderamento. Seu sentido de autonomia pessoal lhes foi roubado e precisa ser restituído. Isto inclui uma sensação de controle sobre seu ambiente. Assim, fechaduras novas e outros equipamentos de segurança são importantes para elas. Elas talvez queiram modificar seu estilo de vida como forma de minimizar riscos. Precisam igualmente de uma sensação de controle e

³⁷⁹ Ibidem, p. 26.

³⁸⁰ Ibidem, p. 26-27.

³⁸¹ Ibidem.

envolvimento com a solução de seu caso. Necessitam sentir que tem escolhas, e que tais escolhas são reais. Um fio condutor que une tudo isto pode ser descrito como a necessidade de experiência de justiça. Para muitas vítimas isso pode assumir a forma de uma exigência de vingança. No entanto, uma exigência de retribuição pode surgir da própria frustração da vítima que não conseguiu ter uma experiência positiva de justiça. Com efeito, a experiência de justiça é tão básica que sem ela a cura poderá ser inviável.³⁸²

Destarte, resta patente a imprescindibilidade da imediata inclusão da vítima no processo oficial, seja ela especialmente vulnerável ou não, a fim de se alcançar a efetiva recuperação. Além disso, para mudar seu papel de submetida ao sistema para agente transformadora da sua própria realidade, bem como da sociedade que compõe.

Nesse prisma, importante, ainda, fazer uma explicação sobre a defesa do encaminhamento dos conflitos envolvendo mulher vítima de violência doméstica à mediação penal, vez que ela é considerada também uma ofendida especialmente vulnerável diante do tratamento dispensado pelo bloco normativo que rege o processamento desses crimes.

Nota-se mais ainda natural o desejo dessas vítimas especiais de não encaminhar para o sistema de justiça criminal o seu caso. E por mais de uma razão: seja pela dependência econômica ou emocional, muitas vezes a mulher nutre sentimento fraternal pelo agressor, e não deseja vê-lo submetido às garras da persecução penal e tudo de doloroso que ela impõe. Seja, ainda, pela possibilidade de empoderamento dessa mulher, que pode sim participar ativamente da construção da resposta mais adequada ao seu problema, deixando se ser, mais uma vez, mera coadjuvante da empreitada libertadora de decidir.

Até porque, tome-se como exemplo um caso de violência doméstica contra a mulher com incidência da Lei Maria da Penha, envolvendo um casal com filhos menores. Portanto, além da questão homem/mulher, existe a ligação do casal como pai e mãe. O desdobramento da questão penal impacta diretamente no tensionamento e endurecimento da solução amigável envolvendo guarda e pensão das crianças.

O homem acusado de um delito (envolvendo violência ou grave ameaça) apurado nos termos da Lei Maria da Penha, se sentindo injustiçado pela imposição de medidas protetivas restritivas, tensiona a solução cível, inviabilizando uma providência amigável e, portanto, mais rápida, diante das cautelares impostas.

Muitas vezes, a mulher só precisa dessa intermediação para ser escutada e, assim, resolver o seu conflito, sem implicar, todavia, na retomada da relação conjugal, mas sim na retomada da estabilização social daquelas pessoas que eventualmente precisarão continuar convivendo, por exemplo, quando daquela relação advier filhos.

³⁸² Ibidem, p. 26-27.

O sistema de justiça criminal cada vez mais aflitivo acaba por afastar, muitas vezes, a mulher da tomada de solução. A vítima, ao invés de procurar o sistema, afasta-se dele, pois o encara como turvo e incompleto.

Sobre esse bloco de delitos e quem o pratica, importante descortinar a ideia de maldade intrínseca dos homens que cometem delitos domésticos. Importante entender os fatos e contextualizá-los, não para partilhar a ação delitativa, nem para concordar com a agressão, mas para compreender a normalidade das pessoas que cometem crimes, inclusive os considerados graves.

Fazendo referência à verdade possível alcançada no processo penal, bem como aos desejos não atendidos da vítima, Borges (*apud Rosa*)³⁸³ pontua a necessidade de ouvir o réu, dando contornos ao caso antes de julgá-lo. Nesse sentido, narra a história de um nazista condenado ao fuzilamento, após ter sido considerado torturador e assassino. Às vésperas da morte, o alemão escreve uma carta. Não discorda do seu julgamento e da sua condenação. Entende-os justos, até porque, desde o início, se declarou culpado. Não quer a absolvição ou clemência: quer ser compreendido; quer explicar sua motivação de agir, sem temor e/ou pretensão de ser perdoado, porque não há culpa nele.

No documento, o apenado narra sua formação e a absoluta falta de vocação para a violência. Esclarece, todavia, que estava a bordo de um novo tempo, comparável às épocas iniciais do Islã ou do Cristianismo, e por isso exigia homens novos; homens com a esperança de construir um mundo melhor. Porém, com a derrocada do Terceiro Reich, esse homem percebeu que alguma coisa havia ocorrido e, enfim, achou que havia entendido os acontecimentos. Pensou que a derrota lhe satisfazia porque o redimia do castigo. Contudo, esbarrou com o verdadeiro motivo:

[...] todos os homens nascem aristotélicos ou platônicos e, disso, ninguém escapa, nem ele. E, assim, deu-se conta de que Hitler acreditando estar lutando por um país, lutou por todos, ainda aqueles que agrediu e detestou: a luta contra o judaísmo que foi combatida com a fé na espada. Para um mundo melhor é preciso destruir muitas coisas, para somente então se edificar a nova ordem. E agora ele sabia que a Alemanha era uma dessas coisas. Tinham dado algo mais que nossa vida, tinham dado a sorte do querido país. Que uns maldigam e outros chorem, a ele regozijava que o dom alemão fosse perfeito. O mundo se encobria de uma época implacável e disse: nós a forjamos e somos agora suas vítimas; se a vitória, a injustiça e a felicidade não eram para a Alemanha, que sejam para outras nações; que o céu exista ainda que nosso lugar seja o inferno. Termina dizendo: Olho minha cara no espelho

³⁸³ ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Curitiba, 2004. 430f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 39.

para saber quem sou, para saber como me portarei dentro de umas horas, quando me enfrentar com o meu fim. Minha carne pode ter medo, eu não.³⁸⁴

Conclui o autor que: “a esperança em um mundo melhor não realizado, mas possível, permeia tanto a ação do opressor como do oprimido que acabam, mudando-se alguns nomes próprios e datas, por inverter seus papéis.”³⁸⁵

Feita, assim, a demonstração do cabimento da mediação em casos envolvendo também vítimas especialmente vulneráveis, passa-se à defesa do encaminhamento em casos de crimes que não tenham vítima certa, restando como ofendida a coletividade.

4.4.2.3. O encaminhamento de crimes envolvendo a coletividade abstratamente considerada.

Como já salientado, a eleição de uma conduta como criminosa tem como critério a importância do bem jurídico e a necessidade de sua proteção pelo ramo mais violento do Direito. Compõem esse repertório comportamentos que atingem a coletividade, sem existir vítima certa. São chamados pela doutrina de crimes vagos.

Pode-se citar como exemplos desses delitos o tráfico de droga, os delitos como os praticados em detrimento da administração pública, da administração da justiça, os que tem, portanto, sujeito passivo difuso, considerando que não há uma pessoa física determinada sobre quem recaiu a lesão.

Pensando a mediação penal como forma alternativa de abordagem dos eventos problemáticos rotulados como crime, a ideia traz consigo uma nova forma de sociedade e, conseqüentemente, de linguagem e tratamento dos envolvidos naquela situação. Possibilita que a comunidade como um todo se aproxime da construção da resposta àquele problema, que é de todos, logo, pode e deve ser resolvido com a participação popular.

Ressalte-se, ademais, que em regra esses delitos são praticados sem violência ou grave ameaça, sendo ainda mais indicado o encaminhamento para a mediação, como parte integrante do processo comunicacional e conseqüente implicação em uma ética da solidariedade³⁸⁶.

Defender essa aproximação é construir um ambiente adequado ao exercício da cidadania de modo direto, dando a melhor solução para o caso segundo os critérios daquela comunidade. Imagine-se uma cidade pequena onde um servidor público prevaricou, deixando

³⁸⁴ Idem, p. 161.

³⁸⁵ Ibidem, p. 162.

³⁸⁶ Recordando a Revolução Francesa, parece que o terceiro pilar de sustentação do movimento foi esquecido: a fraternidade, preferindo-se a liberdade e a igualdade a ela. É retomando esse sentimento fraterno que se baseia, também, a defesa dos processos restaurativos.

de lavrar, por exemplo, um boletim de ocorrência. Ou um prefeito que contratou professores por três meses, pois findando-se estava o ano letivo, sem realizar seleção pública, praticando, assim, o crime previsto no art. 1º, inciso XIII, do Decreto-Lei 201/67, com pena de três meses a três anos.

Estes são exemplos de condutas que, se submetidas à mediação, alcançariam outros resultados, oportunizando a participação comunitária e seu empoderamento enquanto cidadãos capazes de refletir e decidir sobre os problemas que envolvem o seu município, a sua comunidade.

Imaginar que a decisão do juiz nem se torna acessível aos munícipes, seja pela linguagem própria, seja porque a cidade pode não ser comarca e então o caso é julgado distante, mantém os espaços públicos vazios como salientado por Bauman e seus conceitos de modernidade líquida já apresentados nesta pesquisa.

Além de aproximar pessoas tão atomizadas em tempos de modernidade líquida, a mediação penal possibilita a ampliação da participação da comunidade na gestão da justiça penal, como firmado no Tratado de Roma, segundo as Regras de Tóquio. Elas dispõem sobre o engajamento social na construção da resposta aos delitos, possibilitando que os desviantes sejam responsabilizados por seus pares, reduzindo, ainda, o número de assuntos submetidos aos tribunais. Eles devem se preocupar apenas com casos graves, evitando os estigmas do cárcere e outras mazelas da intervenção estatal penal.³⁸⁷

Assim, a mediação é um instrumento eficaz de resolução de conflitos, devendo ser utilizada pelo sistema penal com o objetivo de aproximar as partes envolvidas no delito, interrompendo as espirais de violências (vitimização e estigmatização), possibilitando o encontro e unindo pessoas tão distantes como as que se apresentam na atualidade – em virtude, também, dessa modernidade líquida.

Pensar que os envolvidos participarão de encontros onde os seus problemas reais serão debatidos, considerando a presença dos servidores e dos agentes públicos (prefeito, no exemplo) supostamente desviantes. Ouvir e falar sem ressalvas diante da possível consequência não aflitiva, que ao final poderá ser negociada entre os presentes. Construir soluções que beneficiem a comunidade, considerando o que é importante para aquele grupamento, substituindo, assim, as sanções penais por medidas concretas destinadas àquela comunidade onde os desvios ocorreram.

³⁸⁷ SALINAS, Carmen Cuadrado. La Mediación: una alternativa real ao processo penal? *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia*. n. 17, 2015, p.13.

Pode-se até imaginar que os casos utilizados como exemplo nem sejam considerados relevantes pela comunidade, sejam entendidos como minimamente ofensivos ou até adequados diante daquele contexto, chegando-se à conclusão que não há o que fazer.

Imagine-se o caso de um prefeito que contrata temporariamente professores para encerrar o ano letivo dos estudantes da zona rural, sem realizar qualquer seleção prévia, violando, assim, o Decreto-Lei 201/67 que dispõe que contratar sem observar a lei é crime e o regramento próprio exige concurso ou pelo menos seleção pública para essas contratações. Essa conduta pode ser considerada crime e então ser objeto de uma ação penal e seu respectivo processo penal e uma possível condenação que construída em um ambiente inóspito não beneficiará o município nem possibilitará a comunicação e o fortalecimento dos elos sociais entre os munícipes.

Além da providência poder nem ser conhecida pela comunidade onde se desenrolaram os fatos – seja porque o município não é comarca, seja porque a decisão não será levada ao conhecimento, seja porque se for divulgada a sentença não será entendida por todos diante da linguagem inacessível própria – a eventual sanção imposta não beneficia o território.

O encaminhamento de casos como esses para a mediação, além de reforçar os laços sociais - elevando a participação dos cidadãos que de espectador passariam para atores na tarefa de solucionar os problemas -, contribuiria para o engajamento político dos munícipes alterando, sobremaneira, a forma de ver e encarar os problemas da sua comunidade.

Outro exemplo que poderia ser trazido à baila são os casos envolvendo membros do Poder Judiciário (e advogados) que praticam corrupção e as novas formas de beneficiar os desviantes das classes sociais mais abastadas. A seletividade ao reverso do sistema de justiça criminal possibilita que alguns desviantes se beneficiem, por meio, por exemplo, de acordos de delações premiadas, e a pergunta é se esses compromissos contribuem para a cessação dos eventuais comportamentos criminosos.

Encaminhar esses desviantes para encontros mediados, possibilitando que eles ouçam os envolvidos, os despejados da terra por decisões proferidas por eles mediante recebimento de valores, por exemplo, podem ter muito mais impacto nas suas consciências do que a assinatura de acordos como os mencionados. Além de permitir que os atingidos realcem o que sentiram e participem da resposta para problemas que os envolvem, ainda que indiretamente, pela ótica penal.

A ideia de criar instâncias participativas e possibilitar experiências democráticas é defendida como forma de ampliar a cidadania e possibilitar arranjos dessa natureza na seara

penal, oferecendo outras possibilidades para velhos problemas que permanecem inalterados pela atual justiça aflitiva.

Nota-se essa situação com o aumento exponencial do número de presos no sistema carcerário brasileiro e a permanência do número de delitos, sendo, portanto, urgente pensar outras formas de abordagem.

4.4.3. O Centro de Mediação e o mediador.

O local onde se resolvem os problemas tem importância definitiva na construção da resposta, da mesma forma que a pessoa que vai mediar o encontro é essencial para o sucesso ou não da mediação penal. Logo, definir esse ambiente e esse condutor é tarefa fundante.

Como a mediação consiste, nas palavras de Paz e Paz³⁸⁸, “na busca, com a intervenção de um terceiro, de uma solução, negociada livremente entre as partes, para um conflito nascido de uma infração penal, no marco de um processo voluntário, informal, e confidencial”, o ambiente em que ela vai se desenrolar tem participação nessa construção horizontal e menos burocrática dos problemas.

A estrutura física dos atuais locais onde se entrega a jurisdição, os fóruns criminais, corrobora para o alijamento dos cidadãos nessa construção da melhor resposta aos conflitos penais. A altura e a imponência dos edifícios não podem ser desconsideradas, da mesma forma que as vestes e a linguagem próprias do Direito. O cenário onde se aplica a lei ao caso concreto, os elevadores exclusivos, os gabinetes estruturados para dificultar o acesso aos magistrados e desembargadores são elementos que excluem, reforçam a desigualdade e a apropriação ineficiente dos conflitos, dando também soluções que não têm surtido os efeitos desejados.

Acrescente-se a isso a localidade onde esses prédios estão situados. Existe um único fórum nas comarcas, localizado, em regra, no centro da cidade, dificultando, portanto, o acesso da população rural, bem como dos munícipes que moram na periferia. Isso concentra a prestação jurisdicional a um local apenas, com todos os naturais inconvenientes.

Além da distância e da concentração, o acesso aos prédios do Poder Judiciário exige o uso de vestimenta considerada adequada à dignidade das profissões que por ali transitam (magistrados, promotores, advogados e servidores em geral). Estende-se essa exigência aos réus e testemunhas que eventualmente se dirigem até aquela localidade, afastando, portanto, o

³⁸⁸ PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. **Mediação Penal - Verdade – Justiça**. SLAKMON, C., R. DE VITTO, e PINTO, R.G. (Org.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 125-134.

cidadão da construção da resposta aos seus problemas pela ritualística proposital dos atores desse sistema.

Não se pode perder de vista que a arquitetura é elemento constituinte da burocracia e, conseqüentemente, de uma determinada forma de decidir sobre a vida da população em geral. A hostilidade no trato com as partes não é elemento incidental e desproposital, mas auxiliar na tarefa artificial e atomizada de dar soluções às demandas submetidas ao Judiciário.

A grandeza dos tribunais, aliada às vestes talhadas, impõem um suposto poder e servem como ilustração de uma suposta hierarquia e adequação daquilo que se decide. Por essa razão, deve-se também rever a estrutura e localização geográfica desses edifícios na defesa da ampliação da escala de participação popular e horizontal por meio da mediação penal.

Por tudo isso, o ideal é que existam centros (no plural) de mediação, variando o número a depender do tamanho das cidades, possibilitando que todos os municípios possam se dirigir sem grandes dificuldades até os prédios onde ocorrerão os encontros mediados.

E a arquitetura deve ser simples, com mesas redondas e cadeiras iguais para todos os partícipes do encontro, sem exigências de vestes talhadas e sem divisórias entre os sujeitos que estão ali. Tudo para facilitar o diálogo e não impedir o acesso ao local e às pessoas que ali se encontram.

Por isso, além das partes e do mediador, as pessoas que trabalharem nos centros de mediação devem ter treinamento para participarem desses eventos com esse empenho dialogal, sem tratar de forma diferente nenhuma das partes envolvidas.

Os advogados são bem vindos nesses encontros, devendo estar preparados para facilitar o diálogo e criar, junto aos demais presentes, um ambiente pacífico para que as partes se sintam acolhidas, fortalecidas e encorajadas a encontrar a melhor solução para o seu problema, possibilitando, assim, a reparação da vítima e a conscientização do agressor.

Frise-se que essa reparação não precisa ser pecuniária, cabendo eventual ressarcimento à vítima, como também qualquer outra providência que atenda os interesses da parte ofendida, bem como seja aceita pelo desviante. Cabem como solução desde um pedido de desculpas até a prestação de um serviço e o pagamento de uma quantia estabelecida pelas partes.

Todas essas nuances serão observadas e garantidas pelos profissionais que atuarem nos centros de mediação, empenhando-se para manter um clima harmônico e receptivo a todos, sem pré-julgamentos.

No sistema retributivo atual, o tratamento do réu por todas as agências de controle é, em regra, desconfiado e hostil desde a sua prisão em flagrante. Cite-se como exemplo o que vem sendo registrado nas audiências de custódia e o desvirtuamento de uma das suas finalidades: a apuração de violência policial. O Instituto de Defesa do Direito de Defesa, em parceria com o CNJ, por meio da pesquisadora Ana Luiza Bandeira³⁸⁹, relatou que há verdadeira desconfiança na narrativa de maus tratos policiais por parte dos flagranteados. Eles são silenciados por meio de mecanismos de perguntas ofensivas e elevação do tom de voz pelos magistrados. Ela notou, ainda, que muitos imputados não são qualificados como potenciais vítimas por não merecerem tal status, pois presos.

Apesar da pesquisa citada ter sido realizada na cidade de São Paulo, tendo como amostra 588 audiências ocorridas no fórum de Barra Funda, em 2017, outros estudos sobre as audiências de custódia demonstram essa verdadeira cultura hostil na recepção e tratamento do cidadão submetido ao sistema criminal.

Essas pesquisas são riquíssimas também pela participação imediata e plural dos atores do sistema criminal, podendo-se testemunhar que não só as policiais militar e civil, mas também o defensor (público e privado), o membro do Ministério Público e o juiz concordam em tratar de forma agressiva os submetidos ao sistema.

Em evento do Núcleo de Estudo sobre Sanção Penal da Faculdade de Direito da Universidade federal da Bahia, (NESP-UFBA), foram ouvidos relatos de outras pesquisadoras sobre essas mesmas situações, podendo-se citar Isane Sodre, que debruçou sua atenção sobre as audiências de custódia em Salvador, e Manuela Abth, que investigou no Recife.

Pode-se concluir, pelos achados mencionados, que o sistema todo é violento, não apenas a etapa policial. Há mesmo uma inversão do princípio da presunção de inocência desde a abordagem inicial pelo Poder Judiciário, nessas audiências que foram pensadas para coibir esse tipo de tratamento. Ao não dar atenção nem encaminhamento adequados às narrativas de maus tratos dos presos em flagrante, o Poder Judiciário também agride, legitimando e modelando o comportamento policial, que se mantém até mais forte diante da agora chancela judicial. Constata-se isso de forma plural do ponto de vista territorial, como destacam as pesquisadoras citadas.

Não é apenas a violência escancarada que afasta e inverte. Mecanismos omissivos também impõem uma forma hostil a todo o sistema, como mencionado linhas atrás em relação

³⁸⁹ Webinário promovido pelo Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP- UFBA). Mesa 4: **Tortura, Maus Tratos e Violência Institucional dentro e fora das Audiências de Custódia**. 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MpX8fboDEI8&t=3531s> Acesso em 16 out. 2020.

às estruturas físicas, ao palavreado próprio e às vestes ritualísticas (a toga e a beca) do Poder Judiciário, também afastam a sociedade do processo de construção da resposta aos seus problemas. Assim, subtraem dos diretamente afetados pelo crime a solução dos seus conflitos e impossibilitam uma sociedade mais plural, igualitária e fraterna.

Muitas vezes os desejos das partes nem podem ser verbalizados por elas, diante das consequências processuais danosas possíveis e indesejáveis. Então, o que poderia ser uma oportunidade de diálogo e entendimento se transforma em uma briga muito maior diante da inclusão de outros interesses, muitas vezes impostos pelos próprios advogados, que dão ao caso contornos e destino nem sequer imaginado pelos envolvidos.

Abordando essa forma de tratamento penal, mais uma vez é um abolicionista quem pondera:

Muitos de nós, como leigos, experimentamos tristes momentos quando nossos advogados nos dizem que nossos melhores argumentos sobre aquela briga com um vizinho não valeriam nada em juízo e que, pelo amor de Deus, não devemos sequer mencioná-los ao juiz. Depois, usam no tribunal argumentos que nós acharíamos irrelevantes ou indevidos. Assim, os conflitos vão se tornando propriedade dos operadores do direito.³⁹⁰

É também por isso que se defende a devolução do conflito às partes envolvidas em um ambiente adequado, podendo-se imaginar uma grande casa com uma recepção simples e os demais cômodos compostos por uma mesa redonda e cadeiras, todas iguais, não havendo privilégios, nem distinções. Será viável existir, no máximo, um espaço reservado para uma coordenação geral, que cuidará de assuntos administrativos.

Os servidores atuantes no centro de mediação penal devem ser treinados para acolher sem julgar. Cientes dos princípios do processo penal, devem entender que a intenção daquele espaço é o entendimento sem punição ou hostilidade, por isso devem falar de forma clara e se reportar às pessoas com respeito, ofertando-lhes atenção por meio de uma abordagem direta e esclarecedora.

Importante salientar que como os casos serão encaminhados pelo Ministério Público – esclarecimentos pormenores serão feitos adiante – não haverá nesses centros juízes e promotores. Eles contarão, no máximo, com advogados e defensores que também deverão ser treinados para contribuir com o diálogo e auxiliar, esclarecendo os acontecimentos e eventuais soluções e consequências.

³⁹⁰ CHRISTIE, Nils; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; ISOLA, André Fonseca. Conversa com um abolicionista minimalista. Entrevista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 1998, p. 14.

Pensando nessa forma de abordar os conflitos, o mediador será uma figura de grande importância nesses centros, devendo ser escolhido pelos membros da comunidade, por meio de eleições periódicas. Isso porque a confiança nesse personagem é fundamental para que os envolvidos possam se sentir confortáveis e seguros para tratar dos seus problemas.

Nesse prisma, necessária a lição de Leonardo Sica³⁹¹ sobre a figura do mediador, que deve atuar como facilitador do diálogo, empoderando as partes e possibilitando o encontro da melhor solução para aquele conflito. Deve expor as regras de maneira não diretiva, devendo ser, portanto, mais membro da comunidade do que profissional do Direito.

Ressalte-se, ainda, que essa figura deve ser um agente público, preparado para exercer a tarefa de maneira adequada, participando, para tanto, de treinamento que permita a realização de uma interferência de modo seguro no direcionamento do encontro. Atendendo às características da mediação, esse profissional deve ter formação acadêmica em ciências como assistência social ou psicológica, de modo a dominar a técnica referente a este método.

Assim como ocorre com os conselheiros tutelares³⁹², deve haver eleições dos mediadores titulares e seus suplentes, contando com verba própria destacada para subsidiar os centros de mediação, nos termos de lei municipal. Nesse sentido, serão regulados os critérios e o número de mediadores necessários, conforme a população de cada ente federativo.

Pela importância da função e necessidade das partes confiarem no mediador, é preciso que ele resida no município. Afinal, para se confiar nele na condução dos trabalhos, é preciso que os cidadãos o conheçam. Sugere-se que ele tenha idade mínima de 25 anos, sendo considerado já adulto, bem como que exerça atividade remunerada – a ser regulada segundo lei orçamentária municipal.

Os limites da atuação do mediador são importantes e devem ser objeto de preocupação do centro de mediação quando do treinamento desses atores, que devem facilitar a comunicação entre os envolvidos e não impor acordos, sob pena de desvirtuamento da intenção flexível e plural da mediação, além de garantir papel ativo e relevante às partes. Assim, não se pode, em hipótese alguma, admitir postura de desencorajamento do suposto agressor que afirma ser inocente e por isso não aceita o encontro, dissuadindo-o de um processo tradicional, bem como não se deve tentar convencer a vítima a negociar, quando ela quiser a punição pelo sistema retributivo.

Importante adiantar que a mediação não pode ser utilizada como expansão do poder punitivo. De todo oposto. Linhas e linhas foram dispensadas nesta pesquisa para cuidar dessa

³⁹¹ SICA, Leonardo. [..... completar referência.....]

³⁹² Nos termos do quanto disciplinado pelo Estatuto da Criança e Adolescente, entre os artigos 131 e 140.

possibilidade, diante da cultura em que se insere o processo penal atual, e a mediação, como aqui proposta, não pode ser utilizada de modo desviado. Inserida em etapas, a seguir minuciadas, o encaminhamento para o centro de mediação exige análise de coerência na narrativa da suposta vítima, enquadramento típico e mínimo de lastro probatório.

Diferente do processo tradicional, a reparação do dano e a restauração da responsabilidade do agressor são finalidades específicas da mediação, mas não devem ser perseguidos a qualquer custo, devendo se respeitar a vontade das partes de não celebrarem um acordo, optando pelo processo retributivo tradicional.

Sobre o tema, Salinas³⁹³ ressalta a possibilidade de vitimização secundária no caso de os ofendidos serem obrigados a sentar em rodadas de negociações com seus agressores em um processo de reparação. Deve-se, portanto, evitar esse ambiente de insegurança e tensão quando houver negativa por parte da vítima. Pode-se, então, pensar na mediação indireta, se a vítima concordar com esse encaminhamento.

Da mesma forma, os mediadores devem respeitar a vontade dos supostos autores de delitos de não participar da mediação. Não se pode jamais afastar a ideia de resistência do processo penal, ainda que atualmente desvirtuada, devendo se garantir, na integralidade, a submissão de qualquer cidadão à jurisdição estrita e ao plexo de direitos fundamentais que ela outorga.

A ressalva pode parecer óbvia, mas o que se nota, por exemplo, nas audiências conciliação dos Juizados Especiais Criminais é a verdadeira imposição de acordos, especialmente a Transação Penal, em casos nítidos de arquivamento de Termo Circunstanciado de Ocorrência, decantando-se, portanto, a função dos institutos.

A mediação penal defendida nesta pesquisa, não pode atender a essa expansividade punitiva, repita-se. Ao contrário. A proposta se insere em uma verdadeira política criminal a ser implementada dentro de um sistema processual penal acusatório, garantindo-se para todos participação livre, ativa e protagonista. Essa defesa é ativa e convicta, mas não se pretende defender a solução de todos os problemas penais por meio da mediação penal. Não se pretende substituir o sistema existente, mas adequá-lo, inserindo a mediação como etapa obrigatória desse processo penal que passa a ser instância de negociação (direta e/ou indireta) entre suposta vítima e suposto agressor com o objetivo de reparar o dano e responsabilizar, sem a ineficiente dor e sofrimento, o cidadão desviante.

³⁹³ SALINAS, Carmen Cuadrado. La Mediación: una alternativa real ao processo penal? *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia*. n. 17, 2015, p. 15.

O objetivo é propositivo, além de crítico e reflexivo, pois se pretende, a partir de dentro, repensar o sistema e suas funções reais, propondo a horizontalização do tratamento ofertado aos casos penais e, com isso, possibilitar que os atores repensem suas atribuições e, conscientes do seu papel limitado, contribuam para uma sociedade mais fraterna e solidária.

Prever a mediação como etapa obrigatória desencadeia uma série de alterações não só nos espaços físicos e na postura dos atores do sistema, mas no trato ofertado aos comportamentos criminalizados, invertendo a mentalidade repressora que é reverberada pelo Estado e acaba influenciando toda coletividade, como já exposto e ponderado nesta pesquisa.

É também por isso que se defende a obrigatoriedade do encaminhamento para a mediação, encarando-a como uma forma de renovação do tratamento dos conflitos penais. Acredita-se que a voluntariedade em participar de um encontro mediado, diante da cultura punitiva, esvaziaria a intenção refundadora do sistema penal para torná-lo, enfim, acusatório.

Em caso de insucesso, seja porque a vítima não quer reparação ou porque o agressor deseja se submeter às demais etapas do processo, deve ser garantido o seguimento do feito com a posterior prestação jurisdicional e suas etapas recursais.

O contexto favorável, aliado à adequada preparação dos servidores, auxiliará o entendimento entre as partes encaminhadas para a mediação, que será pautada em critérios e procedimento próprios, a seguir delineados.

4.4.4. O Encaminhamento do caso para a mediação penal.

O momento de encaminhamento de um caso para a mediação ocorre de diferentes formas ao redor do mundo. Como salienta Salinas³⁹⁴, há três tipos de mediação, segundo o nível de dependência ou não com o processo penal tradicional: a mediação independente, a relativamente independente e a dependente.

No primeiro modelo, o fiscal³⁹⁵ desvia o processo para o encontro mediado, não chegando-se a instaurar o processo penal. Preclui, assim a possibilidade de persecução penal quando o encontro mediado for exitoso. Neste modelo, adotado, por exemplo, pela Holanda, há um desvio do caso para a negociação e acordo entre as partes, havendo mesmo a substituição da resposta penal pública diante do menor interesse público na punição do agressor³⁹⁶.

³⁹⁴ Idem, p. 17.

³⁹⁵ No Brasil, o representante do Ministério Público, o promotor de justiça ou o procurador da república.

³⁹⁶ Ibidem.

Já nos países que adotam o modelo relativamente independente, a mediação é uma etapa do processo penal, podendo acontecer o desvio a qualquer momento. Nessa oportunidade, as partes são encaminhadas para uma tentativa de acordo com um facilitador. Essa forma de mediação é recorrente na Espanha, na Áustria e na Alemanha³⁹⁷. No caso de êxito, o impacto no processo pode ser a redução da pena ou suspensão condicional do processo, dependendo também do interesse público, que se baseia na gravidade do crime.

Já nos países em que a mediação é dependente do processo penal, este encontro só ocorre após o processo penal, no contexto penitenciário³⁹⁸.

Nos dois modelos iniciais, ou seja, no independente e no parcialmente dependente, fundamental a adoção da oportunidade no que se refere à propositura da ação penal. Assim, a principal função do Ministério Público, nesses sistemas, é garantir o interesse público conforme for necessária a persecução penal. Logo, se as partes e a comunidade estão satisfeitas com aquela solução, lograda com suas participações, não há razão para manejar um processo contra o agressor³⁹⁹.

Apresentadas as espécies de mediação, necessário fixar que a proposta deste trabalho é incluir a mediação em um modelo de política criminal a ser implementado, alterando não apenas a legislação processual, mas também a cultura que permeia toda a persecução penal e, por conseguinte, seus atores. Logo, a discussão sobre a oportunidade da ação penal é premente e anterior à disciplina da matéria aqui defendida. Afinal, a possibilidade legislativa para a mediação com a cláusula aberta prevista no artigo 395, inciso III do atual CPP é argumento de justificativa plausível, porém fraco, nos termos em que se encontram doutrina e jurisprudência. Por certo, diante da mentalidade repressora e punitivista, elas não aceitariam posicionar a mediação penal como forma de ausência de justa causa para instaurar o processo.

Sobre o tema, Salinas⁴⁰⁰ registra que o princípio da oportunidade em matéria de ação penal é reconhecido nas diretrizes emitidas pelas Nações Unidas, que aceita que o acusador público leve em consideração a situação do acusado e da vítima. Consagra, assim, outro princípio basilar, o da proporcionalidade.

Ademais, a legislação processual penal brasileira já acolhe a oportunidade da ação penal, ou pelo menos encontra-se em ponto intermediário entre a obrigatoriedade e a oportunidade (ainda que regrada), considerando as previsões que autorizam o não exercício da

³⁹⁷ Ibidem, p. 8.

³⁹⁸ Ibidem.

³⁹⁹ Ibidem, p. 19.

⁴⁰⁰ Ibidem.

ação penal nas hipóteses já disciplinadas. Um exemplo é a delação premiada (nos termos da Lei 12.850/2013, alterada pela Lei 13.964/2019⁴⁰¹), que prevê o não oferecimento da denúncia em certos casos, notando-se que o princípio da obrigatoriedade da ação penal se dobra diante do interesse público.

Portanto, cada vez mais os manuais de processos penal têm que explicar que o princípio da obrigatoriedade vem sendo excepcionado, razão pela qual deve-se repaginá-lo dentro de uma política criminal atualizada e democrática para se ampliar saídas não aflitivas, a exemplo da mediação penal.

Como parte da persecução penal, a mediação deve ser inserida antes do oferecimento da denúncia e após a conclusão da etapa preliminar de investigação, seja esta colheita de elementos informativos realizada pela polícia ou diretamente pelo Ministério Público.

Ou seja, esses encaminhamentos devem observar o mínimo de plausibilidade da narrativa da suposta vítima e, em caso de existência de descrição de conduta típica e mínimo lastro probatório, o membro do Ministério Público deve remeter o caso para os centros de mediação, onde os servidores entrarão em contato com as partes e, esclarecendo o procedimento individualmente, convidar suposta vítima e suposto/suposta agressor/agressora para a mediação direta ou indireta.

As etapas para o encaminhamento devem ser estabelecidas a depender de alguns critérios, como se passa a sustentar.

4.4.4.1. O Encaminhamento em casos de delitos sem vítimas certas.

Havendo a narrativa da prática de uma conduta aparentemente delitiva sem o envolvimento de vítima certa, podendo-se citar como exemplo o crime de peculato⁴⁰² ou o delito de venda de substância destinada à falsificação⁴⁰³, o Ministério Público realizará juízo de prelibação em relação à tipicidade da conduta narrada e ao lastro mínimo probatório, encaminhando para o centro de mediação o caso sem qualquer outra diligência, com exceção

⁴⁰¹ Na lei 12.850/2013, se lê no §4º do artigo 4º que: “Nas mesmas hipóteses do *caput* deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.”

⁴⁰² Artigo 312 do Código Penal: “Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.”

⁴⁰³ Artigo 277 do Código Penal: “Vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”

da consulta ao sistema interno sobre a existência de descumprimento de outra avença desta espécie (mediação) no prazo de três anos pelo suposto agressor, bem como se ele é reincidente por crime da mesma natureza.

Diante da indeterminação da expressão “mesma natureza”, importante esclarecer que, para fins de encaminhamento ou não para a mediação penal, entende-se que está impossibilitado de participar o cidadão condenado, definitivamente, por crime contra mesmo bem jurídico. Ou seja, uma pessoa acusada de estelionato que foi condenada por furto (e ainda dentro do período depurador) não pode participar de mediação penal, pois ambos são crimes contra o patrimônio.

Outrossim, nesses casos, o encaminhamento independe de outras análises, como voluntariedade do imputado em participar, pois obrigatória a etapa, por tudo que a mediação significa na construção de uma sociedade mais pacífica e resolutiva.

Nos casos de delitos sem vítima determinada, a parte ofendida, ainda que difusa, pode ser representada por uma organização ou associação constituída para, entre outros fins, atuar nessas rodadas de mediação. Cita-se como exemplo os delitos envolvendo tráfico de drogas⁴⁰⁴, que podem ser objeto de mediação penal a ser realizada entre o suposto comerciante de droga ilícita e um representante desse coletivo.

A tarefa de convocar esses entes para a rodada é do centro de mediação, que também deve garantir que, antes de participar dela, o imputado consulte um advogado e esteja ciente de todos os seus direitos.

4.4.4.2. O Encaminhamento em casos de delitos com vítimas certas não especialmente vulneráveis.

Saliente-se que nos delitos com vítima determinada a mediação pode ser direta ou indireta. Na direta, ocorre um encontro entre os envolvidos na situação problema, após serem informados pelos mediadores sobre o procedimento, suas consequências e limitações. Na indireta, nos casos em que uma das partes não aceite encontrar com o outro envolvido de forma presencial, pode indicar quem vai fazê-lo. Logo, a mãe de uma vítima de um estelionato pode participar da mediação no lugar da filha que não se sente apta a sentar-se com o desviante.

⁴⁰⁴ Reitere-se que a defesa da mediação tem espaço dentro de uma inédita política criminal que deve ser rever o tema da política de drogas com máxima urgência e prioridade, podendo-se citar a respeito do debate: Maria Lucia Karam, Rosa D’el Olmo, Salo de Carvalho e Luis Carlos Valois, entre outros.

As rodadas de mediação podem ser no plural, pois a solução para o caso pode precisar de mais de um encontro para se alcançar uma solução adequada. Todas essas nuances serão observadas e garantidas pelos profissionais que atuarem nos centros de mediação.

Recebidos os autos do Inquérito Policial ou finalizado o procedimento interno, o Ministério Público encaminhará o caso para o centro de mediação, observando, mais uma vez, se da narrativa pode-se vislumbrar uma conduta típica e se os elementos informativos coletados são aptos a sustentar uma acusação pública⁴⁰⁵.

Como requisito para o encaminhamento, o sistema interno será consultado para verificar se o imputado descumpriu acordo celebrado em sede de mediação penal nos últimos três anos e se celebrou, no mesmo prazo, com a mesma vítima, uma avença, independente de cumprimento ou não. Em caso positivo, o caso não poderá ser encaminhado para a mediação.

4.4.4.3. O Encaminhamento em casos de delitos com vítimas certas especialmente vulneráveis.

Nos casos envolvendo vítima certa especialmente vulnerável, o encaminhamento para mediação exige um cuidado especial em relação à autonomia da vontade da vítima. Isso se deve à condição diferenciada que ostenta, mas essa situação não poderá, por si só, determinar o não encaminhamento.

A fragilidade de certas vítimas pode desaconselhar o encaminhamento do seu caso para um encontro com o suposto agressor, devendo se realizar uma entrevista prévia com essa vítima para aferir o nível de conhecimento e capacidade dela participar de uma mediação penal. Isso porque não se pode impor uma situação a alguém que não esteja preparado para assumir, naquele momento, uma postura resolutiva, ainda que a intenção seja o empoderamento e o desfazimento da espiral de vitimização. A solução pode causar mais danos do que evitá-los.

Por essa razão, em casos de violência doméstica contra a mulher e de delitos envolvendo idosos e adolescentes, entre pessoas que possam ser enquadradas nesta espécie especial de vítima, é necessária entrevista com uma equipe de psicólogos. Isso serve para que se encaminhe os casos com indicação da equipe técnica, a fim de que se conheça o nível de autonomia dessa parte.

⁴⁰⁵ Importante registrar que os casos de ação penal privada, todos delitos de menor potencial ofensivo, serão encaminhados pelo Juizado Especial Criminal, após recebimento do Termo Circunstanciado de Ocorrência, não havendo, portanto, participação do Ministério Público nestes casos, pois o trâmite será entre JECRIM (Juizado Especial Criminal) e CMP (Centro de Mediação Penal).

Minahim⁴⁰⁶ contribui com o tema da autonomia da vontade e suas reflexões podem ser estendidas a esta parte da tese. Ao chamar atenção para a necessidade de compreender que o indivíduo é ser em suas circunstâncias, mas também o é na sua dimensão social, ao interagir com os demais membros da comunidade, a autora elege a autonomia como força motriz da liberdade individual. Salieta que é preciso que o ser se afirme como único, mas também deve ter ciência de que seus atos repercutem além da sua esfera pessoal, na construção do meio, o qual, por sua vez, participa de sua constituição⁴⁰⁷.

Acolhendo a autonomia como direito que a pessoa tem de fazer escolhas livre de coação, entende-se que, nas linhas da autora, é preciso enquadrá-la no viés positivo e negativo. Faz-se necessário propiciar informações suficientes e claras sobre o para que a pessoa possa decidir, além de evitar que a tomada de decisão seja influenciada por interposta pessoa⁴⁰⁸, garantindo-se, assim, que a manifestação de vontade é mesmo livre.

Ao lado da necessidade de pontuação sobre autonomia, é preciso incluir nesta espécie de encaminhamento a consciência do proceder da vítima especialmente vulnerável. A exigência de aferir o nível de consciência da vítima não arrefece a mediação, ao contrário, a coloca dentro de um feixe de realidade ajustável às necessidades de todas as vítimas, inclusive aquelas mais fragilizadas com situações de violência, que precisam de uma equipe de profissionais habilitados a atender, de maneira holística, os seus traumas.

Assim, a fim de evitar vitimização secundária ou reiterada, o encaminhamento nesses casos exige essa etapa de verificação das condições a indicarem ou não a sessão de mediação.

Lado outro, não se pode imaginar que toda mulher ou pessoa idosa seja incapaz e por isso simplesmente vedar o cabimento da mediação em razão dessa circunstância. Muitas mulheres, por exemplo, estão prontas a ter um encontro mediado com seu agressor e, com o intermédio de um mediador, expor os seus desejos e propor soluções, sem aderir às atuais sanções penais e forma hermética de processo penal ofertada no momento.

Por esta visão ampliada do horizonte é que se indica a mediação para todos os casos, inclusive aqueles envolvendo especialmente vulneráveis, com o necessário de cuidado de investigar o nível de conhecimento e de condição psicológica do ofendido para participar de uma sessão de mediação.

⁴⁰⁶ A autonomia da vontade é um tema que não pode ser reduzido, diante da pluralidade e quantidade de filósofos que se debruçaram sobre a sua complexidade. A pretensão deve ser assumida na sua parcial visão sobre o tema, portanto, diante da riqueza de contribuições.

⁴⁰⁷ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 29-31.

⁴⁰⁸ Idem, p. 40.

Nesses casos é possível, ainda, a mediação indireta. Deve ser também avaliada, nesta etapa prévia, o cabimento e pertinência do encaminhamento. Recorde-se que a técnica tem duplo objetivo: desfazer os processos de vitimização e empoderar os ofendidos mas, também, proteger bens jurídicos contra lesões futuras, possibilitando um processo dialogado que conscientize, sem imposição de dor e sofrimento, o agressor. Isso evitaria, portanto, novas violações.

Em relação às crianças e eventuais adultos incapazes de entender e discernir, pela condição natural de imaturidade decorrente da idade ou de alguma patologia, a mediação penal será sempre na modalidade indireta, devendo as sessões ocorrerem com a participação dos seus responsáveis e o desviante.

4.4.5. O acordo decorrente da mediação penal.

O que pode ser objeto do acordo decorrente da mediação é tema amplo, tendo em vista os objetivos da mediação penal: desfazer as espirais de vitimização, possibilitando que a parte ofendida seja protagonista na construção da resposta ao seu problema, bem como evitar novas lesões a bens jurídicos, desfazendo, por derradeiro, a espiral da criminalidade em relação ao agressor que, submetido ao sistema tradicional de justiça, não se conscientiza.

Também é objetivo dessa nova etapa da persecução a implementação de um processo penal mais humanizado com aberturas negociais legítimas, inéditas e não aflitivas, que exigirá a refundação da política criminal ancorada em uma sociedade mais fraterna e, portanto, igualitária.

Por tudo isso, não é demais reafirmar que o objetivo das sessões de mediação não é punir, mas evitar novas violações a bens jurídicos, conscientizar o cidadão possivelmente agressor, possibilitando que as partes atuem na resolução dos seus problemas. Visa, assim, uma sociedade mais dialógica e menos violenta.

Por isso, o desenvolvimento é o mais importante, não se revelando questão central o resultado imediato dessa mediação. Fundamental registrar que, em uma sessão de mediação, o enfrentamento e o entendimento entre os envolvidos é o que efetivamente importa, pois fortalece os laços sociais e a participação concreta na construção das respostas.

Essa postura, inserida em uma política criminal menos aflitiva e mais resolutiva, deve refletir nas instâncias oficiais que passarão a aceitar que casos penais podem ser solucionados sem a imposição da desgastada e inútil sanção aflitiva.

Entender essa dinâmica e integração é consequência da mudança de postura que se pretende fundar com a técnica aqui defendida, já que as críticas sem indicação de soluções vêm sendo absorvidas pelo sistema atual de modo reverso, como já demonstrado, por exemplo, por Salo de Carvalho no capítulo 2.

Por isso, o conteúdo do acordo é livre, apesar de ser limitado. As partes podem negociar a solução que melhor lhes aprouver, cabendo desde um pedido de desculpas até o pagamento de uma quantia em dinheiro.

Cite-se como exemplo possível de acordo fruto de mediação penal a providência adotada pela professora travesti Natália Claudinei Silva Nascimento. O caso aconteceu em Brasília no ano de 2018 e, apesar da natureza cível, teria total cabimento em uma mediação penal. A professora de matemática trocou uma indenização em dinheiro pela possibilidade de dar aula a seus agressores. Natália era vítima de xingamentos por funcionários de uma padaria e preferiu trocar R\$ 20.000,00 pelo encontro com os trabalhadores. A aula ocorreu dentro de uma sala do Fórum de Justiça de Brasília, onde a vítima falou sobre gênero, aspectos biológicos e comportamentais dos transgêneros, direitos, violência contra os desiguais e a importância de denunciar atos discriminatórios⁴⁰⁹.

Ou seja, o objeto do acordo é livre e atenderá às necessidades daquelas partes, naquele conflito único e particular que exige, portanto, um resultado específico.

Decerto, o conteúdo do acordo está limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não cabendo violações físicas ou psicológicas, como por exemplo castigos ou situações vexatórias, cabendo ao mediador esclarecer os limites do negócio a ser celebrado.

Não é demais reafirmar que o objetivo do encontro não é punir, mas, com o objetivo de evitar novas violações a bens jurídicos, conscientizar o cidadão possivelmente agressor, possibilitando que as partes atuem na resolução dos seus problemas, visando, assim, uma sociedade mais dialógica e menos violenta.

Por isso, o desenvolvimento é o mais importante, não se revelando questão central o resultado imediato dessa mediação. Fundamental registrar que, em uma sessão de mediação, o enfrentamento e o entendimento entre os envolvidos é o que efetivamente importa, pois fortalece os laços sociais e a participação concreta na construção das respostas.

Essa postura inserida em uma política criminal menos aflitiva e mais resolutive, deve refletir nas instâncias oficiais que passarão a aceitar que casos penais podem ser solucionados sem a imposição da desgastada e inútil sanção aflitiva.

⁴⁰⁹ Resumo do caso disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45347986> Acesso em 10 nov. 2020.

Entender essa dinâmica e integração é consequência da mudança de postura que se pretende fundar com a técnica aqui defendida, já que as críticas sem indicação de soluções vem sendo absorvidas pelo sistema atual de modo reverso, como já demonstrado pelo pensamento, por exemplo, de Salo de Carvalho no capítulo 02.

Antes da sessão, as partes serão informadas de maneira clara e ostensiva de seus direitos, bem como das consequências da celebração de avença e da não realização de negociação. Deve-se garantir as informações aos ofendidos, evitando, assim, os indesejáveis processos de revitimização, como já salientado.

Considerando que o processo penal é, antes de tudo, instrumento de resistência ao direito de punir, serão informados ao suposto agressor todos os seus direitos, como o de não celebrar acordo e o de se submeter a um processo penal tradicional e suas etapas. Assim, o suposto agressor deve ser atendido previamente por um advogado particular ou defensor público, que deve aconselhá-lo de modo exaustivo, esclarecendo todas as possibilidades e prováveis desdobramentos.

Deve ser também assertiva a informação de que participar da mediação e eventualmente celebrar o acordo não implica em anotação criminal e que a avença a ser assumida deve decorrer da concordância dos envolvidos, não se revestindo de sanção penal estatal.

Não serão apenas esclarecidos os fatos reservadamente com cada parte, mas também com terceiros indicados pelos envolvidos, que podem participar dos atendimentos e das rodadas de mediação.

Ademais, as sessões de mediação serão particulares e fechadas ao público, devendo se consignar apenas o resultado. As tratativas devem ser mantidas em confidencialidade.

Além disso, deve-se deixar claro que a qualquer momento da sessão as partes podem desistir da tentativa de acordo e que essa decisão não implicará em nenhuma consequência para os envolvidos.

Devem também ser esclarecidas as consequências do descumprimento do negócio celebrado: continuidade do processo, registrando-se que o acordo não implicará em aumento de pena ou confissão em caso de retomada do curso da persecução penal.

4.4.5. Chancela e fiscalização do acordo.

Finalizados os trabalhos pelo centro de mediação, com ou sem acordo, os autos serão encaminhados para o Ministério Público. Em caso de insucesso da mediação penal, o

procedimento seguirá os trâmites legais, com oferecimento de outra medida ao imputado ou, ainda, deflagração das demais etapas do processo penal por meio de denúncia.

Em caso de acordo, seja ele de cunho pecuniário, obrigação de fazer ou qualquer outra medida debatida e aceita pelas partes, antes de iniciar o seu efetivo cumprimento, o membro do Ministério Público deve cancelar o acordo. Então, os autos são encaminhados ao órgão ministerial para fiscalização e, a partir daí, se inicia o cumprimento da avença.

Casos de esclarecimentos do ocorrido com pedido de desculpas e eventual devolução do bem à vítima durante a mediação podem ser conferidos pelo Ministério Público posteriormente, diante do exaurimento da resolução.

Caso a mediação resulte em avença que se prolongue no tempo, o acordo será acompanhado pelo Ministério Público, que registrará o resultado no sistema para esse fim, suspendendo o processo e, em caso de cumprimento, arquivando o procedimento. Em caso de descumprimento, o processo seguirá as demais etapas, podendo ser ofertada outra medida, bem como se oferecer inicial acusatória.

O prazo prescricional estará suspenso junto com o processo, o que possibilita a sua retomada em caso de revogação dessa suspensão, que deve ser precedida da oitiva das partes. É possível, portanto, a justificativa de descumprimento e manutenção da avença.

5. CONCLUSÃO.

Ante o exposto, conclui-se que a mediação penal é técnica necessária à enfim implementação do sistema processual penal acusatório. Isso decorre de sua vocação para a horizontalização da construção da resposta aos delitos, elemento necessário à ambiência política criminal em conformidade com os valores democráticos programados pela Constituição Federal de 1988 e demais instrumentos normativos que incidem sobre o sistema de justiça criminal.

Assim, ao compreender que os caminhos percorridos pelo Direito Penal e Processual Penal, até então, pautam-se em marcadores de violência que, ao nutrirem suas diretrizes contra centros grupos de pessoas marginalizados, ampliam a imposição de dor e sofrimento, a defesa da mediação penal se torna argumento desencorajador da manutenção do punitivismo efficientista, por isso premente na refundação da política criminal brasileira.

Conhecer o percurso e as justificativas de uma razão penal pautada na punição é tarefa fundamental para, localizando o problema e seu entorno, questionar os meios de confisco dos problemas rotulados como penais e, a partir de então, pensar outras saídas.

Incluir as partes nesse processo é, antes de tudo, uma forma de ampliar o conceito amarelado de cidadania e, assim, como próximo passo na tarefa de fazer cumprir as promessas constitucionais, agradecer às críticas doutrinárias que denunciam a insistência inquisitorial, abrindo caminhos para a proposta formulada nesta tese.

Nesta tarefa, olhar para a realidade da América Latina em matéria de implementação do sistema processual penal acusatório é ponte obrigatória, não só diante da aproximação geográfica, mas também pela similitude da história desta parte do globo com o Brasil.

Saber que após os processos de redemocratização, todos os países desta terça parte da América elaboraram novas legislações em matéria processual penal, com a inclusão de saídas alternativas, é, ao mesmo tempo, instigante e desalentador.

Ao estimular a defesa desta tese e a certeza de que a mediação penal é instrumento hábil à abordagem dos conflitos descritos como criminosos, a realidade dos países vizinhos inquieta, pois saber que o Brasil está atrasado em matéria de elaboração de um Código de Processo Penal atrasa toda a refundação do sistema. Afinal, só após essa etapa legislativa

serão realizadas as demais fases do processo, como a separação das funções de administrar e julgar e, então, a alteração mais significativa: a cultura dos atores do sistema de justiça. Eles precisarão, enfim, adotar os ditames do processo penal acusatório e toda a sua força de contenção do poder de punir.

A realidade dos países latino-americanos traz à tona a consciência de quanto ainda se precisa caminhar, sem ao certo saber onde a estrada vai levar, diante do ambiente punitivista em que se encontra o atuar penal e processual penal brasileiros. Essa lógica é clara tanto de um ponto de vista legislativo, que teima em ampliar os tipos penais e as majorar as sanções, como pela interpretação eficientista da maioria dos membros do Poder Judiciário.

Assim, as denúncias de inconformidade penhoradamente articuladas pela doutrina não foram suficientes na tarefa de refundar o proceder criminal, atendendo às diretrizes constitucionais e convencionais. O modelo eficientista de processo é mantido para, sob o pretexto de neutralidade, manter as escolhas seletivas realizadas por uma política criminal que pauta o problema do outro a partir do medo e, portanto, reduz a complexidade do problema criminal à neutralização por meio do cárcere.

Questionar as premissas é tarefa fundamental na apresentação de soluções que pretendem efetivar a tutela de bens jurídicos e evitar que as espirais de vitimização e criminalidade sejam, efetivamente, contidas.

Para tanto, reconhece-se a limitação desta providência, diante da já citada complexidade dos conflitos interpessoais. Mas essa mesma certeza é que autoriza o pensar na solução, diante da uníssonas, fria e burocrática atual providência para os conflitos penais: a punição por meio de um processo penal cada vez mais utilitário, que segue em direção à imposição da mesma dor e sofrimento de sempre – e, atualmente, de maneira mais rápida.

Não se pode deixar de registrar a necessidade de localizar a mediação penal aqui defendida e contornada em uma política criminal totalmente nova, sob pena de mais uma troca de sinais e ampliação do espaço de poder, ao invés de contê-lo, reduzindo-o ao máximo.

Nota-se, portanto, que a ideia de escrever sobre mediação penal subverte, pois toma a solução como partida para, a partir de então, se redesenhar as premissas e, com elas, construir novas estradas.

Isso porque, para adotar a mediação penal como possibilidade, é preciso reconsiderar diversos assuntos tomados como encerrados, como a ideia de obrigatoriedade da ação penal, a necessidade do Judiciário dar a última palavra em matéria penal e, ainda, que a exclusividade do exercício do poder de punir nas mãos do Estado conteria a barbárie.

Sobre a mediação, traçar os seus limites e tratativas torna-se essencial para que esta tese alcance seu objetivo de originalidade e utilidade, no sentido de oferecer os contornos do cabimento da medida e demais critérios de encaminhamento, consequência, fiscalização e chancela. Tudo em defesa de um sistema criminal mais harmônico com os valores da pessoa humana. Por conseguinte, um processo penal acusatório, logo redutor de danos, com a inclusão de novas portas para abordar os crimes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, Abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequências**, n. 52, jul. 2006, p. 163-182.

_____. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BAQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Plea bargaining no projeto do novo CPP**. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargaining/> Acesso em 20 out. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. **Criminología y Sistema Penal**. Montevideo/Buenos Aires: B de F Editorial, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: A busca por segurança no mundo atual**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: editora 34, 2010.

BECKER, Howard. **Outsiders: uma sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BINDER Alberto. **Introducción ao Derecho Procesal Penal**, Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

_____. El Juez Em Los Procesos Penales Regormados. **Estudios Sobre El Nuevo Proceso Penale**. Asociación de Magistrados Del Uruguay. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2017.

_____. La Política Criminal em el Marco de las Políticas Públicas: bases para el análisis político-criminal. **REJ – Revista de Estudios de la Justicia**. Nº 12, 2010, p. 213-229. Disponível em: http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej12/BINDER%20_8_.pdf Acesso em 12 fev. 2020.

BRACESCO, Ignacio M. Soba. **Proceso Penal Uruguayo: Estructuras procesales y vías alternativas**. Montevideo: Universidad de la República, 2020. Disponível em:

<http://ignaciosoba-derechoprocesal.blogspot.com/2020/05/libro-gratuito-de-acceso-publico.html> Acesso em 07 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. **Sugestão nº. 99**, de 2005. Brasília, DF, 2005. Disponível em:

<http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2008/07/projeto-de-lei-n-de-2006-justia.html> Acesso em 20 nov. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal)**. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

_____. **Decreto-Lei 3.689/1941**. Brasília, DF: Senado Federal, 1941.

_____. **Lei 11.340/2006**. Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

_____. **Lei 11.343/2006**, Brasília, DF: Senado Federal, 2006.

_____. **Lei 12.403/2011**. Brasília, DF: Senado Federal, 2011.

_____. **Lei 12.594/2012**. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

_____. **Lei 12.850/2013**. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

_____. **Lei 13.105/2015**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

_____. **Lei 13.964/2019**. Brasília, DF: Senado Federal, 2019.

_____. **Lei 3.688/1941**. Brasília, DF: Senado Federal, 1941.

_____. **Lei 8.072/1990**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. **Lei 9.099/1995**. Brasília, DF: Senado Federal, 1995.

_____. STF. **ADO 26**. Rel. Min. Celso de Mello e **MI 4733**. Rel. Min. Edson Fachin, julgados em jun. 2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf> Acesso em 30 mar. 2020.

_____. STF. **HC 186.334/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: julgado em out. 2020.

_____. STF. **HC 172.606/SP**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em ago. 2019.

_____. STF. Plenário. **ADPF 347 MC/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 9/9/2015.

_____. STF. Plenário. **RHC 163.334/SC**. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em dez. 2019.

BRITO, Michelle B. Delação Premiada e criminalidade organizada: uma análise da Política Criminal expressa na Lei nº. 12.850/2013 sob a perspectiva da Criminologia. **Revista Eletrônica de Direito Processual Penal e Política Criminal – UFRS**, V. 4, N. 1, 2016, p. 03-10.

_____. **Delação premiada e decisão judicial: da eficácia à integridade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural> Acesso em 05 out. 2019.

CAPPI, Riccardo. Mediação e prevenção da violência. VELOSO, Marília Lomanto; AMORIM, Simone e LEONELLI, Vera (Orgs.). **Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça**. Salvador, 2009, p. 27-35.

_____. Onde mora o “perigo”: a possível contribuição da Escola de Louvain para (mais) uma criminologia crítica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)**. Edição Temática "Criminologia Crítica em Debate", v. 15 n. 1, 2014, p. 157-175.

_____. **Política Democrática e Direito à Segurança**. UNEB, 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TejACZddX38> Acesso em 14 nov. 2020.

CARVALHO, Natália O. **Delação premiada no Brasil**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 104, out./dez. 2013, p. 279-303.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.) **Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneo II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 146-171.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

CHILE. **Lei 19.696/2000**. Código de Processo Penal. Santiago, 2000. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso 03 jun. 2020.

CHOUCK, Fauzi Hassan. **Há, de fato, um novo processo penal a caminho? Primeiras linhas sobre o PL 8045/2010 (PLS 165/09)**. 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/ha-de-fato-um-novo-processo-penal-a-caminho-primeiras-linhas-sobre-o-pl-8045-2010-pls-165-09-por-fauzi-hassan-choukr> Acesso em 13 jan. 2020.

_____. **Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal**. 2017. Disponível em: <https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/459379929/permanencias-inquisitivas-e-refundacao-do-processo-penal>. Acesso em: 01 ago. 2019.

CHRISTIE, Nils; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; ISOLA, André Fonseca. Conversa com um abolicionista minimalista. Entrevista. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n. 21, jan./mar. 1998, p. 13-22.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. Trad. Beatriz Scigliano Careiro. In: PASSETTI, Edson e SILVA, Roberto Baptista Dias da (Orgs.). **Conversações Abolicionistas: Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 241-257.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cidadania nos presídios**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cidadania-nos-presidios/> Acesso em 05 out. 2019.

_____. **Resolução 125/2010**. Brasília/DF: CNJ, 2010.

_____. **Resolução 213/2015**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

_____. **Manual de Mediação Judicial**. 6ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

CORREIA, Thaize de Carvalho. **Justiça Restaurativa: Método Adequado de Resolução dos Conflitos Jurídico-Penais Praticados Contra a Mulher em Ambiente Doméstico**. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DAVIS, Angela. **Estarão as Prisões Obsoletas?** Trad. Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010.

DÍAZ, Alejandra. La experiencia de la mediación penal en Chile. **Polít. crim.** Vol. 5, Nº 9 (Julio 2010), Artigo 1, p. 6, Disponível em:
http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A1 Acesso em 04 jun. 2020.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed., v. I. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 102, 2011, p. 215-254. Disponível em:
<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/issue/view/12> Acesso em 20 dez. 2019.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DURKHEIM, Émile, **As regras do método sociológico**. 13ed. São Paulo: Nacional, 1987 [1895].

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Carolina Costa. **Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos?** Salvador. 2018. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2018/03/RELATO%CC%81RIO-Pesquisa-Audie%CC%82ncias-de-Custo%CC%81dia-IBADPP-1-1.pdf> Acesso em 05 out. 2019.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GALLARDO, Eduardo e MINAGÉ, Thiago. **O Lugar do Juiz das Garantias No Processo Penal Democrático**. 2020. Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=0mks7r12jwQ&t=2600s> Acesso em 10 nov. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal**. Na Perspectiva das Garantias Constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro v. 1**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y Políticos del Processo Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES, Luiz Flávio; MOLLINA, Antônio Gracia-Pablos de. **Criminologia**, 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONZALEZ, Leonel. Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: Lições A Partir da Experiência na América Latina. **Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago (CL): CEJAS, 2017.

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lucia Karam, Rio de Janeiro: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lucia. Drogas: Além da Descriminalização do Consumo. In: COLETIVO NABUCO; ESTUDANTES PELA LIBERDADE; e INSTITUTO ORDEM LIVRE LIBERDADE NA ESTRADA. **Liberdade na Estrada**. Recife, set. 2015. Disponível em: http://www.leapbrasil.com.br/site/wp-content/uploads/2017/04/126_Drogas-Recife.pdf Acesso em 28 mar. 2018.

_____. **Escritos sobre a Liberdade: Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. V. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **Escritos sobre a Liberdade: Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas**. V. 3. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. PASSETI, Edson e DIAS, Roberto (Orgs.). **Conversações Abolicionistas: Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 67-84.

KNAPPENBERGER, Brian. **The Trials of Gabriel Fernandez**. EUA: Netflix, 2020. (6 episódios.)

LOPES JUNIOR, Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?** 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimemedio-ou-veneno>. Acesso em 10 jun. 2020.

_____. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAIER, Júlio B. J.; AMBOS, Kai; WOISCHNIL, Jan (Coords.) **Las reformas procesales penales en America Latina**. Buenos Aires: Ad hoc, 2000.

MALAGUTI, Vera. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

MARSHALL, Chris, BOYACK, Jim, e BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática Uma Abordagem Baseada em Valores. SLAKMON, C., R. DE VITTO, e PINTO, R.G. (Orgs.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 269-280.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI - Abolição, um sonho impossível. PASSETI, Edson e DIAS, Roberto (Orgs.). **Conversações Abolicionistas: Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 263-287.

MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. **Novos Estudos**. v. 23, n. 1, 2018, p. 71-88. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452> Acesso em 19 abr. 2020.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **Direito Penal: Sistemas, Código e Microssistemas Jurídicas**. São Paulo: Juruá, 2004.

_____. **O Novo Conceito Material de Culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica)**. São José da Costa Rica, 1969.

OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes; PRADO, Alessandra Rapaci Mascarenhas. O Problema da Vingança Privada (Autotutela): Entre o Minimalismo Garantista e o Abolicionismo Radical. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**. v. 4, n. 1, Jan/Jun. Salvador, 2018, p. 61 – 81.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua Criminologia**, Rio de Janeiro: Renavan, 2004.
ONU. **Regras de Tóquio**. Tóquio, 1990.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos Julgam**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão**. Salvador: Juspodivm, 2012.

PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. Mediação Penal - Verdade – Justiça. SLAKMON, C., R. DE VITTO, e PINTO, R.G. (Orgs.) **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 125-134.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**, São Paulo, n. 68, mar. 2004, p. 39-60.

PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos** / Associação Direitos Humanos em Rede – v. 15 n. 28 São Paulo Dez. 2018, p. 65-76. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/sur-28.pdf Acesso em 05 mar. 2020.

PIRES, Thula. Cartas do Cárcere: testemunhos políticos dos limites do Estado Democrático de Direito. PIRES, Thula e FREITAS, Felipe (Orgs.). **Voices do cárcere: ecos da resistência política**. Rio de Janeiro: Kitabu, 2018, p. 167-214.

PORCINCÚLA, Jose Carlos. **Inconstitucionalidades e inconsistências dogmáticas do instituto da delação premiada (Artigo 4º da Lei 12.850/13)**. 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/inconstitucionalidades-e-inconsistencias-dogmaticas-do-instituto-da-delacao-premiada-art-4-da-lei-12-850-13>. Acesso em: 07 out. 2019.

POSTIGO, Leonel González. La Gestión Judicial en los Tribunales de Familia de Santiago de Chile, Sistemas Judiciales, Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas. **CEJA**. Año 14, Nº 18, 2018, p. 41-55. Disponível em:

<https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/revista18.pdf> Acesso em 03 fev. 2020.

_____. **Reporte sobre el Funcionamiento de las Oficinas Judiciales en Neuquén**. Revista Eletrônica. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile: 2017. Disponível em

<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5553/Libro%20Reporte%20Oficinas%20Neuquen%20CEJA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 10 nov. 2020.

PRADO, Geraldo. **A Transação Penal quinze anos depois**. Disponível em:

<http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20A%20Transa%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20Quinze%20Anos%20Depois.pdf>

Acesso em 27 mai. 2020.

ROLIM, Marcos. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 2009.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. Curitiba, 2004. 430f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

SALINAS, Carmen Cuadrado. La Mediación: una alternativa real ao processo penal? **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia**. n. 17, 2015, p. 01-25

SÁNCHEZ, Jesus Mária Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANCHIS, Luis Prieto. **Garantismo y Derecho Penal**. Madri: Iustel, 2011.

SANTANA, Selma Pereira de. **Uma visão atualizada das vítimas de delitos diante dos modelos das Ciências Criminais e do Processo Penal**. Revista do CEPEJ, v. 10. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, 2008, p. 56-87

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 2, n. 2, ago. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141988000200007>. Acesso em: 20 jan. 2020.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 13ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Discursos Sediciosos. **Crime, Direito e Sociedade**. V. 7, n. 12, jul./dez., 2002, p. 41-54

_____. **A Criminologia Radical**. 4 ed., Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Decisão do Conselho nº. 10575/02, de 4 de julho de 2002. Cria uma Rede Europeia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça Restaurativa. **Jornal Oficial**, Bruxelas, 04 jul. 2002. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf. Acesso em 12 mai. 2020.

VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. 3Ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VASCONCELLOS, Vinícius G. **Barganha e Justiça Criminal: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

_____. **Colaboração Premiada no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VIANCOS, Juan Enrique Vargas. Sistema procesal por audiencias: requerimientos organizacionales y administrativos. **Revista Sistemas Judiciales**, nº10, 2006, p. 01-08

Webinário promovido pelo Núcleo de Estudos sobre Sanção Penal (NESP- UFBA). Mesa 4: **Tortura, Maus Tratos e Violência Institucional dentro e fora das Audiências de Custódia**. 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MpX8fboDEI8&t=3531s> Acesso em 16 out. 2020.

WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 18-20.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad.: Vânia Romano Pedrosa & Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Vol 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZERH, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.